

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintiocho(28) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por **SISTEMA RADIAL K DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ COMPAÑÍA LTDA**, en adelante **RADIAL K**, como Convocante, contra el **SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A. – OLIMPICA S.A.**, en adelante **OLIMPICA**, como Convocada, previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

ANTECEDENTES

1.1 El trámite

1.1.1 Partes procesales

Son partes del presente proceso:

1.1.1.1 Parte Convocante

RADIAL K DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ COMPAÑÍA LTDA, persona jurídica legalmente constituida mediante Escritura Pública No 0046 de la Notaria 37 de Bogotá del 4 de enero de 1.991, aclarada por Escritura Pública No 947 de fecha 8 de marzo de 1.991, inscrita el 27 de marzo de 1.991 bajo el número 321.843 del Libro IX, momento en el cual se constituyó bajo el nombre **HERNANDO HERRERA LOZANO E HIJOS COMPAÑÍA LTDA**. Posteriormente, mediante Escritura Publica No 2628 de la Notaria 37 de Bogotá el 14 de junio de 1.991, inscrita el 20 de junio de 1.991 bajo el número 329.979 del libro IX, se cambió el nombre de la sociedad al de **SISTEMA RADIAL K DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ COMPAÑÍA LIMITADA**.

Dicha sociedad, tiene domicilio principal en la ciudad de Bogotá y está representada legalmente por el Señor Hernando Herrera Lozano, persona capaz y hábil para el efecto, según consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá arrimado al proceso (folios No. 22 a 27 del Cuaderno Principal 1).

La parte convocante ha comparecido al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido, a quien oportunamente se le reconoció personería para actuar como tal.

1.1.1.2 Parte Convocada

La sociedad **SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A. – OLIMPICA S.A.**, sociedad debidamente constituida por Escritura Pública No 2.427 del 29 de octubre de 1977, otorgada en la Notaria Quinta de Barranquilla, inscrita bajo el número 7.577 del libro respectivo el 10 de noviembre de 1977, con domicilio principal en la ciudad de Barranquilla, representada legalmente por el señor ANTONIO CHAR CHALJUB, en calidad de Presidente de la Sociedad, persona capaz y hábil para el efecto, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual se encuentra en el expediente (Folios No 29 al 77 del Cuaderno Principal No 1)

La parte convocante ha comparecido al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido, a quien oportunamente se le reconoció personería para actuar como tal.

1.1.2 La Cláusula compromisoria

En el presente proceso el pacto arbitral que lo regula se adoptó mediante cláusula arbitral incorporada en la cláusula décimo séptima del Contrato de Arrendamiento de los locales No 17 y 18 del Centro Comercial Cedritos Plaza 140, ubicados en la Calle 140 No 23 – 61 de la Ciudad de Bogotá, de fecha doce (12) de marzo de 1998, materia de la reclamación, la cual fue modificada por los apoderados de las partes en el presente trámite arbitral el día 23 de octubre de 2018, modificación cuyo texto quedó incorporado en el acta de Reunión de Designación de Árbitros, que a la letra consagra:

“DECIMA SEPTIMA. - Clausula compromisoria.- Toda diferencia o controversia que pueda presentarse entre las partes relativas a este contrato, su ejecución, liquidación e interpretación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento que se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Fe de Bogotá, de acuerdo con las siguientes reglas: a).- El Tribunal está integrado por tres miembros, designados por las partes de común acuerdo. B).- el tribunal decidirá en derecho”.

Dicha modificación, fue avalada y consentida por las partes directamente, a través de la facultad otorgada a los apoderados respectivos en lo referente a la facultad expresa para modificar el referido pacto arbitral.

1.1.3 La convocatoria del Tribunal

Con fundamento en la cláusula compromisoria, **RADIAL K** presentó demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 9 de octubre de 2018 (Folios 1 al 18 del Cuaderno Principal No. 1.).

1.1.4 La integración del Tribunal

El día 23 de octubre de 2018, se llevó a cabo la reunión de designación de árbitros, a la cual se convocó a las partes, quienes a través de sus apoderados procedieron a modificar el pacto arbitral en lo referente a la forma de nombramiento de los árbitros y a designar ellas como árbitros para el presente Tribunal a los doctores: **LILIANA OTERO ALVAREZ, ALFREDO PABLO REY VALLEJO, MANUEL ANTONIO VILLA HINOJOSA** como árbitros principales y como suplente numérico fue designada la doctora **ADRIANA LÓPEZ MARTÍNEZ** (Folios No 99 y 100 del Cuaderno Principal No 1).

Comunicados los nombramientos a los árbitros, el doctor **PABLO REY VALLEJO** no hizo manifestación alguna respecto de su nombramiento, motivo por el cual se le comunicó la designación a ella efectuada, a la doctora **ADRIANA LÓPEZ MARTÍNEZ**, quien dentro del término legal aceptó el encargo, quedando entonces integrado el Tribunal por los doctores **MANUEL ANTONIO VILLA HINOJOSA, LILIANA OTERO ÁLVAREZ y ADRIANA LÓPEZ MARTINEZ** (Folios 112 a 133 del Cuaderno Principal No 1).

1.1.5 Instalación

El Tribunal de Arbitramento se instaló el 31 de enero de 2019 en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Acta No 1 Folios 147 a 150 del Cuaderno Principal No 1); en la audiencia fue designada como secretaria la doctora **VERÓNICA ROMERO CHACÍN**, quien el 6 de febrero de 2019 aceptó el nombramiento, presentó la declaración de independencia, dio cumplimiento al deber de información, el día 26 de febrero de 2019, tomo posesión del cargo.

1.1.6 Admisión de la demanda

Mediante Auto No. 2, en la citada audiencia de instalación, fue admitida la demanda por el Tribunal, se ordenó la notificación personal del auto admisorio y que se dispusiera a correr el traslado respectivo. Dicha notificación fue realizada en la misma audiencia el día 31 de enero de 2019. (Folio 151 del Cuaderno Principal No 1).

1.1.7 Contestación de la demanda

El día 28 de febrero de 2019, estando en término, la parte convocada a través de su apoderado judicial, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y presentando excepciones de mérito (Folios 161 a 171 del Cuaderno Principal No. 1)

El día 10 de marzo de 2019, por secretaría se corrió el traslado de las excepciones de mérito presentadas en la contestación a la demanda. De las cuales el 12 de marzo de 2019, el apoderado de la parte convocante procedió a descorrer dicho el traslado (Folios No 175 a 180 del Cuaderno Principal No 1).

1.1.8 Fijación de honorarios y gastos del proceso

Mediante Auto No. 3 del 15 de marzo de 2019 (Folios 181 a 183 del Cuaderno Principal No. 1.) se fijó como fecha el día 1 de abril de 2019 para la realización de la audiencia de fijación de gastos y honorarios del Tribunal, de conformidad con lo establecido en los artículos 2.36 y 2.38 del Reglamento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Lo anterior teniendo en cuenta que las partes no solicitaron la realización de la audiencia de conciliación que consagra el citado Reglamento.

El día 1 de abril de 2019, mediante Auto No. 4, (Folios No 185 a 189 del Cuaderno Principal No. 1.) el Tribunal procedió a fijar las sumas por concepto de honorarios y gastos del proceso, las cuales fueron oportunamente consignadas por las partes a nombre del Presidente del Tribunal.

Conforme a lo anterior, mediante Auto No 5 de fecha 17 de abril de 2019, el Tribunal fijó fecha para la realización de la Primera Audiencia de Trámite prevista para el 29 de abril de 2019, providencia que fue notificada a las partes el día 22 de abril de 2019.

1.1.9 Reforma de la demanda

El 25 de abril de 2019, el apoderado de la parte convocante presentó escrito de Reforma a la demanda principal, previo a la realización de la primera audiencia de trámite, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.39 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, motivo por el cual el Tribunal el 26 de abril de 2019, mediante Auto No 6 suspendió la realización de dicha audiencia.

Mediante Auto No 7 de fecha 30 de abril de 2019, estudiados los requisitos legales y la oportunidad procesal, el Tribunal admitió la demanda reformada y ordeno correr traslado de la misma a la parte demandada por el termino de diez (10) días.

1.1.10 Contestación a la reforma de la demanda

El día 16 de mayo de 2019, y dentro del término legal, el apoderado de la parte convocada presentó escrito de contestación de la reforma de la demanda por medios electrónicos, mediante correo electrónico dirigido a la secretaría del Tribunal Arbitral. En dicho texto, el apoderado de la parte convocada se opuso a las pretensiones del demandante, objetó la

indemnización solicitada, presentó excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio (Folios 161 a 171 del Cuaderno Principal No 1).

Mediante Auto No 8 de fecha dieciocho de mayo de 2019, el Tribunal ordenó correr traslado de las excepciones presentadas y de la objeción al juramento estimatorio por el termino de cinco (05) días. De igual forma, se fijó como fecha para la realización de la primera audiencia de trámite el día 29 de mayo de 2019.

El 24 de mayo de 2019, mediante escrito radicado en la Sede del Tribunal el apoderado de la parte convocante, describió el traslado de las excepciones de mérito y se pronunció respecto de la objeción al juramento estimatorio presentada por el demandado, y aportó nueva prueba la cual se encuentra a folios 163 a 167 del Cuaderno de Pruebas.

1.1.11 Primera audiencia de trámite

La primera audiencia de trámite se realizó el día 29 de mayo de 2019. En dicha audiencia, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración, comprendidas en la demanda reformada y su contestación, así mismo, decidió sobre las pruebas solicitadas. (Autos No. 9 y 10, folios 264 a 282, del Cuaderno Principal No. 1)

1.1.12 Audiencias

El Tribunal sesionó durante este proceso en 13 audiencias, incluyendo la de Lectura de Laudo.

II. SINTESIS DEL PROCESO

2.1. La demanda

Según se indicó en el capítulo de antecedentes, la demanda arbitral fue presentada ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 9 de octubre de 2018 (Folios 1 al 18 del Cuaderno Principal No. 1.), siendo reformada el día 25 de abril de 2019 (Folios 196 a 217 del Cuaderno Principal No 1.).

2.1.1. Hechos

En la misma, el apoderado de la parte convocante realizó un relato detallado de los hechos en que fundamenta sus pretensiones los cuales obran a folios 2 a 11 del Cuaderno Principal No 1.

2.1.2. Pretensiones

Fueron planteadas pretensiones de carácter declarativo y de condena que obran a folio 11, 12 y 13 del Cuaderno Principal No 1.

2.1.3. Juramento Estimatorio

Respecto del juramento estimatorio, la convocante dio cumplimiento a este requisito legal indicando en ese momento, que la estimación de las pretensiones económicas se encontraban sustentadas en el cobro de la cláusula penal pactada en la cláusula decima del contrato, equivalente a dos (2) cánones de arrendamiento, que a la fecha de presentación de la demanda estaban estimados en VEINTISEIS MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$26.568.284)

2.2. La Contestación de la Demanda

Mediante escrito de fecha 28 de febrero de 2019 y dentro del término legal previsto por la ley para el efecto, el apoderado de la parte demandada procedió a contestar la demanda, en la cual se opuso a las pretensiones planteadas por el accionante, presentó excepciones de mérito y solicitó la práctica de algunas pruebas, la misma obra a folios 161 a 171 del Cuaderno Principal No 1 del expediente.

2.2.1. En cuanto a las pretensiones de la demanda

El demandado indicó en su escrito que se opone a las pretensiones de la demanda, ya que en su criterio las mismas carecen de fundamento fáctico y jurídico, pues OLIMPICA entiende que el contrato se renovó automáticamente y que bajo ese presupuesto ha venido cumpliendo a cabalidad con sus obligaciones contractuales. (Folios 167 y 168 del Cuaderno Principal No 1)

2.2.2. En cuanto a los hechos de la demanda

Conforme consta en el expediente a folios 161 a 167 del Cuaderno Principal No 1, el apoderado de la parte demandada procedió a responder uno a uno los hechos planteados por el demandante, mostrando su oposición especialmente en los referentes a la terminación del contrato de arrendamiento.

2.2.3. Excepciones

El demandado a folios 168 a 170 del Cuaderno Principal No 1, presentó como excepciones las siguientes:

1. Inexistencia de causal para incoar la acción - Renovación del contrato de Arrendamiento
2. La fundada en el abuso del derecho

2.3 La demanda reformada

2.3.1 Las pretensiones de la demanda reformada

Por intermedio de su apoderado, la parte Convocante solicitó que se profieran las declaraciones y condenas relacionadas en la demanda reformada (Folios 208 a 210 del Cuaderno Principal N° 1) que a continuación se transcriben:

“3.1. DECLARATIVAS.

PRIMERA.- Que se declare que Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A., incumplió el contrato de arrendamiento celebrado sobre los locales No. 17 y 18 del Centro Comercial Cedritos Plaza 140, ubicado en la calle 140 No. 23 — 61 de la ciudad de Bogotá D.C., inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria número 550N-0991877 y 50N-0991878 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Norte, por cuanto Olímpica S.A. no restituyó el inmueble al vencimiento del término del contrato, lo cual ocurrió el 31 de marzo de 2018.

3.2. CONSECUENCIALES

PRIMERA.- Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento, se declare terminado el contrato y por consiguiente se condene a la parte Convocada a restituir a la Convocante los Locales 17 y 18 del Centro Comercial Cedritos Plaza, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

SEGUNDA.- Que en caso de que la Convocada no cumpla con la pretensión primera consecuencial de condena, se practique la diligencia de entrega de los locales arrendados a mi poderdante, incluso con el uso de la fuerza pública si fuere necesario, de conformidad con el artículo 308 del Código General del Proceso.

TERCERA.- Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento de la pretensión primera declarativa, se condene a Olímpica S.A., a pagar a título de cláusula penal una suma igual a dos (2) veces el canon mensual de arrendamiento, es decir, la suma de Veintiséis Millones Quinientos Sesenta y Ocho Mil Doscientos Ochenta y Cuatro Pesos (\$26'568.284,00), o la que sea establecida en el proceso, de conformidad con la cláusula décimo sexta del contrato de arrendamiento.

CUARTA.- Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento de la pretensión primera declarativa, se condene a la Convocada a pagar a título de indemnización de perjuicios, una suma igual a la diferencia entre el avalúo del canon de renta corporativo no. 037-17 realizado por la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá sobre los inmuebles objeto de restitución, es decir veinticinco millones cuatrocientos dieciséis mil setecientos cincuenta pesos (\$25.416.750,00) y el valor efectivamente pagado por Olímpica S.A. por concepto de canon de arrendamiento, tasados desde abril de 2018, mes a mes, hasta que se efectuó la entrega de los locales.

QUINTA.- Que se **ordene** que el pago de las anteriores sumas de dinero, se realice previa indexación desde el momento de la presentación de la demanda hasta el momento en que quede ejecutoriada la sentencia.

SEXTA.- Que se **condene** al pago de intereses moratorios sobre las sumas de dinero adeudadas por la Convocada, liquidados a la máxima tasa legal permitida, desde el momento de la ejecutoria de la sentencia hasta que se produzca el pago de las mismas por parte de Olímpica S.A.

SÉPTIMA.- Que se condene a la Convocada al pago de las costas del proceso”.

2.3.2 Hechos planteados por la Convocante en la demanda reformada

Los siguientes son los hechos plasmados en la reforma de la demanda:

“PRIMERO.- Radio K es una persona jurídica domiciliada en Bogotá identificada con el NIT No. 800.125.453-2, cuyo objeto social, entre otros, está el de desarrollar actividades adicionales en el campo agropecuario, industrial, inmobiliario y de servicios a nivel nacional e internacional, con miras a destinar los ingresos y recursos finales en la ampliación de su objeto social principal. Todo lo anterior, según consta en el Certificado de Existencia y Representación legal. (Anexo No. 9.2.)

SEGUNDO.- Olímpica es una persona jurídica domiciliada en Barranquilla, identificada con el NIT No. 890.107.487-3, cuyo objeto social es la compra, venta, importación exportación, transformación, empaque, producción y en general, el comercio de alimentos y comestibles, bebidas, medicamentos, cosméticos, artículos y aparatos para el hogar, papelería y libros, prendas de vestir y otros semejantes, operaciones que podrá hacer por cuenta propia o ajena, al por mayor y al detal, de contado y a crédito, y en locales propios o ajenos. Lo anterior, según consta en el certificado de existencia y representación legal. (Anexo No. 9.3.)

TERCERO.- El 12 de marzo de 1998, se firmó un contrato de arrendamiento entre Henando Herrera Lozano (arrendador) y Carulla y Cia S.A. (arrendatario), -en adelante "el Contrato"- por medio del cual "aquel le entrega la tenencia a éste, quien a su vez acepta recibir a igual título los locales Nos. 17 y 18 del Centro Comercial Cedritos Plaza 140, situado en la Calle 140 No. 23-61 (...) " (Prueba No. 7.1.1.)

CUARTO.- Los locales tenían para ese entonces un área de 390.43 metros cuadrados. Sin embargo, después de la desafectación de áreas comunes, los locales 17 y 18 fueron aumentados en 28.8 y 218.2 metros cuadrados respectivamente, para un área total de uso exclusivo de 637.43 metros cuadrados.

QUINTO.- De acuerdo con la cláusula tercera del Contrato, "El canon de arrendamiento mensual será la suma de cinco millones de pesos (\$5'000.000,00), que la Arrendataria se obliga a pagar por cada mes calendario, anticipadamente, dentro de los primeros cinco (5) días hábiles de la respectiva mensualidad, a partir del día primero (1ro.) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998)." (Prueba No. 7.1.1.)

La cláusula cuarta del mencionado contrato prevé que "El canon de arrendamiento estipulado en la cláusula tercera, se ajustará anualmente, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) Nacional; del año calendario inmediatamente anterior. El mes de ajuste será el mes de abril, en forma automática sin necesidad de aviso o reconvención por parte del Arrendador".

Así las cosas, los cánones de arrendamiento durante la vigencia del Contrato, fueron los siguientes:

DE		A		Canon Anterior	IPC (%)	Incremento	Valor a pagar sin IVA
Abril	1998	Marzo	1999	\$ 4.452.765			\$ 4.452.765
Abril	1999	Marzo	2000	\$ 4.452.765	16,7	\$ 743.612	\$ 5.196.376
Abril	2000	Marzo	2001	\$ 5.196.376	9,23	\$ 479.626	\$ 5.676.002
Abril	2001	Marzo	2002	\$ 5.676.002	8,75	\$ 496.650	\$ 6.172.652
Abril	2002	Marzo	2003	\$ 6.172.652	7,65	\$ 472.208	\$ 6.644.860
Abril	2003	Marzo	2004	\$ 6.644.860	6,99	\$ 464.476	\$ 7.109.336
Abril	2004	Marzo	2005	\$ 7.109.336	6,49	\$ 461.396	\$ 7.570.731
Abril	2005	Marzo	2006	\$ 7.570.731	5,5	\$ 416.390	\$ 7.987.122
Abril	2006	Marzo	2007	\$ 7.987.122	4,85	\$ 387.375	\$ 8.374.497
Abril	2007	Marzo	2008	\$ 8.374.497	4,48	\$ 375.177	\$ 8.749.674
Abril	2008	Marzo	2009	\$ 8.749.674	5,69	\$ 497.856	\$ 9.247.531
Abril	2009	Marzo	2010	\$ 9.247.531	7,67	\$ 709.286	\$ 9.956.817
Abril	2010	Marzo	2011	\$ 9.956.817	2	\$ 199.136	\$ 10.155.953

TRIBUNAL ARBITRAL DE SISTEMA RADIAL K DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ COMPAÑÍA LTDA
VS SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A. – OLIMPICA S.A.

Abril	2011	Marzo	2012	\$	10.155.953	3,17	\$	321.944	\$	10.477.897
Abril	2012	Marzo	2013	\$	10.477.897	3,73	\$	390.826	\$	10.868.722
Abril	2013	Marzo	2014	\$	10.868.722	2,44	\$	265.197	\$	11.133.919
Abril	2014	Marzo	2015	\$	11.133.919	1,94	\$	215.998	\$	11.349.917
Abril	2015	Marzo	2016	\$	11.349.917	3,66	\$	415.407	\$	11.765.324
Abril	2016	Marzo	2017	\$	11.765.324	6,77	\$	796.512	\$	12.561.836
Abril	2017	Marzo	2018	\$	12.561.836	5,75	\$	722.306	\$	13.284.142

SEXTO.- El 17 de julio de 2007 se notificó al arrendador de la cesión del contrato por parte de Carulla Vivero S.A., a Olímpica S.A., cesión que fue aceptada por el Arrendador. (Prueba No. 7.1.2.)

SÉPTIMO.- El 6 de septiembre de 2016, el arrendador notificó al Arrendatario de la cesión del Contrato de Arrendamiento a favor de la sociedad Sistema Radial K de la Ciudad de Bogotá Compañía Ltda., cesión que fue aceptada por el arrendatario. (Prueba No. 7.1.3.)

OCTAVO.- Los locales arrendados se identifican de la siguiente manera: (Prueba No. 7.1.1.)

8.1.- Local No. 17.- Su comunicación con la vía pública, calle 140 se hace a través del pasaje o galería de la plazoleta comunes. Se compone de dos plantas superpuestas de las cuales el área de su planta baja se discriminan en la parte cubierta que es de 97.50 metros cuadrados y la del patio que es de 28.80 metros cuadrados; de su planta alta es de 67.78 metros cuadrados relacionando estas áreas con sus alturas respectivas que van de 3.50 metros a 4.50 metros, en la parte posterior en donde está la escalera de intercomunicación de las dos plantas; la general del primer piso que es de 3.00 metros y la determinada por el plano inclinado de la cubierta, para el segundo piso que va desde 2.60 metros hasta 3.60 metros, se obtiene la medida de su volumen o parcela cúbica que se constituye en su entidad inmobiliaria. Se emplea para el anterior cálculo el sistema de planimetría. Los compartimientos de que esencialmente está compuesto son: Local, cuarto de servicio higiénico y patio. Planta baja: La línea perimetral de su deslinde, con un acotamiento, es la siguiente: al norte comprendidos sus espacios cubierto y descubierta, limita con la galería que corre a lo largo del cuerpo de construcción central del edificio, hacia la que da su entrada, a la que se interpone la fachada cuyo perímetro interno está delineado por la recta de 6.00 metros. Al oriente, comprendidos sus dos espacios cubierto y descubierta, limita con la planta baja del local No. 16, resultante de la división por departamentos del edificio, al que se le interpone el muro interior y de cerramiento de sus patios contiguos, cuyos respectivos ejes están delineados por rectas, que interceptadas por las líneas de las caras del muro -perimetral del edificio, en su parte posterior, que separa sus dos

espacios son de 16.25 metros y de 4.80 metros. Al sur comprendidos sus espacios cubierto y descubierto, limita con el mismo muro perimetral en cuanto elemento común que se les interpone y con el lote No.9 del mismo predio y urbanización, al que se interpone el muro de cerramiento posterior del patio, cuyos respectivos parámetros internos están delineados por rectas de 6.00 metros cada una. Al occidente comprendidos sus espacios cubierto y descubierto limita con la planta baja del local No. 18, resultante de la división por departamentos del edificio, al que se le interpone el muro interior y el muro de cerramiento de sus patios contiguos, cuyos respectivos ejes están delineados por rectas que interceptadas por las líneas de las caras del muro perimetral del edificio que separa los dos espacios, son de 16.25 metros y 4.80 metros. Nadir: limita con el suelo del terreno. En el cenit está su planta alta. Planta Alta: la línea perimetral de su deslinde, con su acotamiento, es la siguiente: al norte limita con la cubierta a nivel, a la que se le interpone el muro de fachada cuyo parámetro interno está delineado por recta de 6.00 metros, al oriente, limita con la segunda planta del local No. 16, resultante de la división por departamentos del edificio, al que se interpone muro interior cuyo eje está delineado por recta de 11.295 metros. Al sur limita con el espacio libre es la parte posterior de la parcela cúbica que lo constituye, en el que se encuentra la escalera de intercomunicación de sus dos plantas, cuyo término es una línea recta de 6.00 metros. Al occidente, limita en la segunda planta con el local NO. 18, resultante de la división por departamentos del edificio, al que se le interpone el muro interior cuyo eje está delineado por recta de 11.295 metros. Cenit: limita con la cubierta dominante del edificio, en el nadir está su planta baja. Este inmueble se distingue con el folio de matrícula inmobiliaria No. 05 ON-0991877 y tiene un coeficiente de copropiedad sobre los bienes comunes del conjunto equivalente al 7.282%.

8.2.- Local No. 18.- Su comunicación con la vía pública, calle 140 se hace a través del pasaje o galería de la plazoleta comunes. Se compone de dos plantas superpuestas de las cuales el área de su planta baja se discrimina en la parte cubierta que es de 147.05 metros cuadrados y la del patio que es de 218.20 metros cuadrados; la de su planta alta es de 88.10 metros cuadrados relacionados. Relacionando estas áreas con sus alturas respectivas que van de 3.50 metros a 4.50 metros, en la parte posterior en donde está la escalera de intercomunicación de las dos plantas; la general del primer piso que es de 3.00 metros y la determinada por el plano inclinado de la cubierta, para el segundo piso que va desde 2.60 metros hasta 3.60 metros, se obtiene la medida de su volumen o parcela cúbica que se constituye en su identidad inmobiliaria. Se emplea para el anterior cálculo el sistema de planimetría. Los compartimientos de que esencialmente está compuesto son: Local, cuarto de servicio higiénico y patio. Planta Baja: La Línea perimetral de su deslinde, con su acotamiento es la siguiente: Al norte, comprendido sus espacios cubierto y descubierto, limita con el lote número 19 de la división por departamentos del

edificio y con la galería que corre a lo largo del cuerpo de la construcción central del edificio a los que se interpone el muro, en parte fachada, cuyo parámetro interior en su tramo fachada, y su eje en su tramo separación del local, están delineados por recta que por determinación de sus colindantes, se descomponen en las siguientes dimensiones: 5.00 metros, normal de 0.125 metros y 3.69 metros. Al oriente, comprendidos sus espacios cubierto y descubierto, limita con el local No. 17, resultante de la división por departamentos del edificio, al que se le interpone el muro interior y el de cerramiento de sus patios contiguos, cuyos ejes están delineados por recta que, cortada perpendicularmente por las líneas de las caras del muro perimetral de la parte posterior del edificio, interpuesto a los indicados dos espacios, son, respectivamente de 16.25 metros y 4.80 metros. Al sur, comprendidos sus espacios cubierto y descubierto, limita con el tramo posterior del muro perimetral del edificio, en cuanto elemento común que los separa, y con el lote No. 9 del mismo predio y urbanización al que se interpone muro de cerramiento posterior al patio, cuyos respectivos parámetros, interno y externo del primero, están delineados por rectas de 8.693 metros y 11.25 metros respectivamente e interno del segundo, está delineado por recta de 11.25 metros. Al occidente, comprendidos sus espacios cubierto y descubierto, limita el primer patio, con el lote número 7 del mismo predio y urbanización, al que se le interpone el muro de cerramiento cuyo parámetro interno está delineado por recta de 38.80 metros y en el segundo espacio cubierto, con los cuartos para el servicio higiénico público y con el cuarto de subestación de la energía eléctrica a los que se interpone el muro interior cuyo parámetro interno está delineado por quebrada de la que las rectas que la componen, formando sucesivos ángulos rectos, son de las siguientes dimensiones: 5.15 metros ángulo recto externo, 2.75 metros ángulo interno, 1.10 metros ángulo recto interno, 1.45 metros ángulo recto externo y 8.725 metros. Los externos norte y sur de la faja de superficie libre, al lado occidental que está incorporada física y jurídicamente al espacio que constituye su unidad inmobiliaria, están delineados en las caras internas de los muros que lo deslindan del lote INO. 9 antes citado y del pasaje destinado a zona de descargue, por rectas de 4.80 metros cada una. Por el oriente, de esta misma faja de superficie libre colinda con los locales número 22, 21, 20 y 19, con el cuarto de la subestación de energía eléctrica y con los dos cuartos para el servicio higiénico del público, de los cuales los separa el muro que delimita el perímetro exterior del edificio y cuya línea está delineada por recta de 34.00 metros. Nadir: limita con el suelo del terreno. En el cenit, está su planta alta. Planta alta: La línea perimetral de su deslinde, con acotamiento es la siguiente: al norte limita con la cubierta a nivel, a la que se le interpone el muro de fachada cuyo parámetro interno está delineado por recta de 7.80 metros, al oriente, limita con la segunda planta del local No. 17, resultante de la división por departamentos del edificio, al que se le interpone el muro interior cuyo eje está delineado por recta de 11.295 metros. Al sur limita con el espacio libre en la parte posterior de la parcela cúbica

que lo constituye, en el que se encuentra la escalera de intercomunicación de sus dos plantas, cuyo término es una línea recta de 7.80 metros. Al occidente, limita con la cubierta a nivel a la que se interpone muro lateral del perimetral exterior del edificio, cuyo parámetro interno está delineado por recta de 11.295 metros. Cenit: limita con la cubierta dominante del edificio. En el nadir está su planta baja. Este inmueble se distingue con el folio de matrícula inmobiliaria No. 050N-0991878 y tiene un coeficiente de copropiedad sobre los bienes comunes del conjunto equivalente al 10.150%.

NOVENO.- El término inicial de duración del contrato de arrendamiento se pactó por un periodo de cinco (5) años contados a partir del día 1 de abril de 1998, con prórrogas automáticas por periodos iguales a partir del vencimiento inicial, las cuales operaban si ninguna de las partes expresaba a la otra su voluntad de dar por terminado el contrato mediante aviso escrito efectuado con una antelación de seis (6) meses respecto de la fecha de vencimiento inicial o la de cualquiera de sus prórrogas, esto de acuerdo a la cláusula quinta del contrato. (Prueba No. 7.1.1.)

DÉCIMO.- El término inicial del contrato venció el día 31 de marzo de 2003, a partir de lo cual el arrendamiento comenzó a prorrogarse por periodos de cinco (5) años. (Prueba No. 7.1.1.).

DÉCIMO PRIMERO.- Fue así como el término del contrato, que venció originalmente el 31 de marzo de 2003, se prorrogó automática y sucesivamente hasta el 31 de marzo de 2008, el 31 de marzo de 2013 y finalmente hasta el 31 de marzo de 2018.

DÉCIMO SEGUNDO.- Ante el acaecimiento del plazo de terminación del contrato, Sistema Radial K de la Ciudad de Bogotá Compañía Ltda., exploró multiplicidad de vías para continuar con la explotación del inmueble dentro de las que se encontraron: i) buscar un reajuste del canon de arrendamiento con el actual arrendatario; ii) acordar una terminación de mutuo acuerdo respecto del contrato de arrendamiento y iii) buscar un nuevo arrendatario para el inmueble.

DÉCIMO TERCERO.- Debido a la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre cualquier solución al asunto, el arrendador inició la búsqueda de nuevos arrendatarios a quienes les interesara el local para que lo ocuparan una vez restituidos los inmuebles por parte de Olímpica S.A. Fue por esta razón que acudieron a los locales con el fin de efectuar las mediciones de los espacios para poder determinar los negocios que pudieran establecerse en dichos locales.

DÉCIMO CUARTO.- El 29 de junio de 2017 la Lonja de Bogotá entregó el avalúo de renta corporativo no. 037 – 17, realizado sobre los locales no. 17 y 18 del Centro Comercial Cedritos Plaza, concluyendo que teniendo en cuenta las dinámicas comerciales que presenta el sector, el canon de arrendamiento sobre los inmuebles debía ser de veinticinco millones cuatrocientos dieciséis mil setecientos cincuenta pesos (\$25.416.750.), cifra muy superior a la que pagaba la Convocada para esa época por concepto de canon arrendamiento, a saber, trece millones doscientos ochenta y cuatro mil ciento cuarenta y dos pesos (\$13.284.142) (Prueba 7.1.19.)

DÉCIMO QUINTO.- Dado lo gravoso de la situación, Sistema Radial K de la Ciudad de Bogotá Compañía Ltda., decidió emplear el inmueble para su propio uso en la explotación de otro de sus negocios y el de sus beneficiarios reales. Así mismo, debido a las observaciones que se hicieron del local, se identificó que era necesario adelantar una serie de obras en el inmueble, que también requerían la entrega del mismo.

DÉCIMO SEXTO.- Por lo anterior, mediante comunicación de 14 de septiembre de 2017 remitida al señor Antonio Char Chaljub en Barranquilla y a Carlos Alberto Barrera Ardila en Bogotá, es decir, con más de seis (6) meses de anticipación al vencimiento de la última vigencia, e invocando las causales contempladas en los numerales 2 y 3 del artículo 518 del Código de Comercio, Sistema Radial K de la Ciudad de Bogotá Compañía Limitada, le notificó a Olímpica S.A que no tenía la intención de prorrogar nuevamente el contrato, por lo que el mismo terminaría el día 31 de marzo de 2018. (Pruebas No. 7.1.5., 7.1.6., 7.1.7., y 7.1.8.)

DÉCIMO SÉPTIMO.- Con posterioridad al envío de la notificación, Radio K solicitó ante la Cámara de Comercio de Bogotá, la convocatoria a una audiencia de conciliación con Olímpica S.A., con el fin de pactar las condiciones de entrega de los locales comerciales. (Prueba No. 7.1.9.)

DÉCIMO OCTAVO.- Dicha diligencia se llevó a cabo el 22 de marzo de 2018, siendo declarada fallida por el conciliador, como consecuencia de la falta de ánimo conciliatorio. (Prueba No. 7.1.10.)

DÉCIMO NOVENO.- Dado que el contrato de arrendamiento terminó, Sistema Radial K de la Ciudad de Bogotá ha rechazado el pago de los cánones de arrendamiento desde abril de 2018.

VIGÉSIMO.- De conformidad con la cláusula décima sexta del contrato de arrendamiento, "El incumplimiento del presente contrato por cualquiera de sus partes permitirá a la afectada exigir por vía ejecutiva a título de pena, una suma

equivalente a dos cánones de arrendamiento vigentes a la época del incumplimiento, sin menoscabo de la exigencia del cumplimiento de la obligación principal y de los perjuicios que pudieran ocasionarse como consecuencia del incumplimiento. (...)” (Prueba No. 7.1.1.)

VIGÉSIMO PRIMERO.- *En virtud de la cláusula séptima del Contrato, son obligaciones del arrendatario “(...) a).- pagar el canon de arrendamiento y efectuar los ajustes en los términos y condiciones previstos en el presente contrato. b).- No desarrollar actividades ilícitas o que vayan en contra de la moral y las buenas costumbres. c).- Impedir que en el inmueble se emitan ruidos, riñas, peleas o actividades o hechos que alteren la tranquilidad o el sosiego de los vecinos. d).- cumplir en lo que a él corresponda, con las obligaciones que se deriven del Reglamento de Propiedad Horizontal del Centro Comercial Cedritos Plaza. e).- Las demás que se deriven de este contrato o de la ley.”*

VIGÉSIMO SEGUNDO.- *Así las cosas, el artículo 2005 del Código Civil, aplicable a este contrato por la remisión consagrada en el artículo 822 del Código de Comercio, señala como obligación del arrendatario, restituir al arrendador la cosa arrendada. Establece la mencionada norma: “El arrendatario es obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento.” En este orden de ideas, terminado el contrato por vencimiento del plazo y manifestación de ser esta la voluntad del arrendador, expresada con seis meses de anterioridad, tal como se relata en el hecho duodécimo de la demanda, es obligación del Arrendatario hacer la entrega de los bienes arrendados.*

VIGÉSIMO TERCERO.- *El hecho de que el arrendatario no haya hecho entrega de los inmuebles objeto del arrendamiento a la terminación del contrato, constituye un incumplimiento contractual, causal suficiente para iniciar el trámite de restitución de inmueble arrendado.*

VIGÉSIMO CUARTO.- *Debido a la demora en la entrega de los locales por parte de Olímpica S.A., esta se encuentra en incumplimiento del contrato, generando perjuicios a mi poderdante quien no ha podido usufructuar de sus locales.*

VIGÉSIMO QUINTO.- *En consecuencia, Radio K está legitimada para demandar de Olímpica S.A.:*

- i) El pago de la cláusula penal contenida en el contrato, por el solo hecho del incumplimiento y,*
- ii) La indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento contractual.*

VIGÉSIMO SEXTO.- El canon de arrendamiento hasta el 31 de marzo de 2018, fecha en la que terminó el Contrato, ascendía a la suma de Trece Millones Doscientos Ochenta y Cuatro Mil Ciento Cuarenta y Dos Pesos (\$13'284.142,00) más IVA, de conformidad con la tabla presentada en el hecho cuarto de la demanda.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Pese a que el contrato está terminado, Olímpica S.A., ha consignado en la cuenta bancaria de Radio K, las sumas equivalentes a los cánones de arrendamiento de abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre. Sin embargo, dicha situación no puede entenderse, bajo ninguna circunstancia, como una renovación tácita del contrato objeto del presente proceso.

VIGÉSIMO OCTAVO.- Como se indicó en el hecho décimo cuarto de esta demanda, el valor del canon de arrendamiento que estableció la Lonja para los inmuebles objeto de la restitución, es la suma de veinticinco millones cuatrocientos dieciséis mil setecientos cincuenta pesos (\$25.416.750.). Por tanto, la diferencia entre el valor pagado y el valor comercial del canon constituye un perjuicio que debe ser indemnizado por la convocante.

VIGÉSIMO NOVENO.- El 18 de abril de 2018 se radicó demanda verbal de mayor cuantía, que correspondió por reparto al Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá. (Prueba No. 7.1.11.)

TRIGÉSIMO.- El 26 de abril de 2018, la demanda fue inadmitida, concediéndose un término de cinco días para subsanar los defectos encontrados por el juez. (Prueba No. 7.1.12.)

TRIGÉSIMO PRIMERO.- El 2 de mayo de 2018, procedimos a presentar la demanda subsanada, siendo esta admitida el nueve de mayo de 2018. (Prueba No. 7.1.13.)

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- El 10 de agosto de 2018, el demandado contestó la demanda, proponiendo la excepción previa de cláusula compromisoria. (Prueba No. 7.1.14.)

TRIGÉSIMO TERCERO.- El 12 de septiembre de 2018 recorrimos el traslado de las excepciones propuestas por la parte demandada, reconociendo la existencia de la cláusula compromisoria y solicitando la terminación del proceso. (Prueba No. 7.1.15.)

TRIGÉSIMO CUARTO.- El proceso fue terminado mediante providencia del 17 de septiembre de 2018, en virtud de la cláusula compromisoria pactada en el contrato. (Prueba No. 7.1.16.)

2.3.3 Juramento Estimatorio en la demanda reformada

La parte demandante, presentó juramento estimatorio en los siguientes términos:

“VIII. JURAMENTO ESTIMATORIO

De conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código General del Proceso, bajo la gravedad del juramento me permito estimar las pretensiones económicas a la fecha de presentación de esta reforma de la demanda en ciento setenta y seis millones setecientos ochenta y nueve mil trescientos dos pesos .(\$ 176.789.302.), discriminados de la siguiente forma:

- i) El valor de la cláusula penal pactada en la cláusula décima del contrato, equivalente a dos (2) cánones de arrendamiento, que a la fecha de presentación de la demanda asciende a la suma de Veintiséis Millones Quinientos Sesenta y Ocho Mil Doscientos y Pesos (\$26'568.284,00), suma que- deberá ser indexada desde el momento de su causación hasta el momento de proferirse sentencia.*
- ii) A título de indemnización de perjuicios, ciento cincuenta millones doscientos veintiún mil dieciocho pesos (\$150.221.018.), correspondientes al valor de la diferencia entre el avalúo del canon de renta corporativo no. 037-17 realizado por la Lonja sobre los inmuebles objeto de restitución, y el valor efectivamente pagado por Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. por concepto de canon de arrendamiento, tasados desde abril de 2018 hasta la presentación de la reforma de la demanda. Lo anterior, se puede evidenciar de la siguiente forma:*

Desde la terminación del contrato de arrendamiento a la fecha de presentación de la reforma de la demanda, el valor del canon de arrendamiento que pagó Olímpica fue el siguiente:

DE		A		Canon Anterior	IPC (%)	Incremento	Valor a pagar sin IVA
Abril	2018	Marzo	2019	\$ 13.284.142	4,09	\$ 543.321	\$ 13.827.463
Abril	2019	Marzo	2020	\$ 13.827.463	3,18	\$ 439.713	\$ 14.267.176

Al momento de la presentación de la demanda arbitral reformada, el monto adeudado por concepto de indemnización de perjuicios es el siguiente:

Fechas	Valor de Cánones efectivamente pagados por Olímpica	Cánones de arrendamiento dictaminados por la Lonja	Total diferencia
Abril 2018 – marzo de 2018	\$13.827.463 x 12 = \$ 165.929.556	\$ 25.416.750 x 12 = 305.001.000	\$ 139.071.444
Abril de 2019	\$ 14.267.176	\$ 25.416.750	\$ 11.149.574
TOTAL			\$ 150.221.018.

No obstante, se recalca que el valor de la diferencia entre lo pagado por Olímpica S.A. y lo dictaminado por la Lonja de Bogotá, seguirá aumentando conforme pasen los meses- sin que la "Convocada- 'restituya los locales de propiedad de mi poderdante."

2.4 Contestación de la demanda reformada

El día 16 de mayo de 2019, y dentro del término legal, el apoderado de la parte convocada presentó escrito de contestación de la reforma de la demanda por medios electrónicos, mediante correo electrónico dirigido a la secretaria del Tribunal Arbitral. En dicho texto, el apoderado de la parte convocada, se opuso a las pretensiones del demandante, objetó la indemnización solicitada, presentó excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio (Folios 161 a 171 del Cuaderno Principal No 1).

2.4.1. En cuanto a las pretensiones

La parte demanda manifiesta su oposición a las pretensiones, en los siguientes términos:

"II.- LAS PRETENSIONES.

Respecto de las Pretensiones de la demanda, manifestamos que nos oponemos toda vez que estas carecen de fundamento fáctico y jurídico.

Por haber cumplido SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A., oportuna y completamente con sus obligaciones de Arrendador, el contrato se RENOVÓ el 1 de abril de 2018, por mandato legal por Cinco (5) años hasta el 31 de Marzo de 2023, conforme el termino de duración del contrato, por no haber sido desahuciado SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A., conforme a la ley, ya que si bien es cierto se comunicó la terminación del contrato con seis (6) meses de antelación, también es cierto que no se hizo haciendo la manifestación expresa de que lo necesitaba para ocuparlo para un negocio propio y sustancialmente diferente al del Arrendatario OLIMPICA S.A. y mucho menos porque el inmueble deba ser reconstruido o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva.

TERMINACION DEL CONTRATO;

El contrato Comercial, suscrito entre las Partes, está regido por el Decreto 410 de 1.971, (Código de Comercio) y por tanto se debe aplicar lo dispuesto en los artículo 518 y 520, por funcionar en el inmueble un Establecimiento de comercio, ya que OLIMPICA S.A., viene ocupando el inmueble por más de dos (2) años y dando estricto cumplimiento al Contrato.

Los artículos 518 y 520 del Código de Comercio"establecen el fenómeno de la propiedad Comercial, antes referido, el cual se enmarca dentro de los preceptos de restricción a los derechos del arrendador en beneficio del arrendatario y que por tener el rango de principio de orden público se excluye cualquier posibilidad de configuración contractual por las partes. En efecto, el artículo 524 del Código de Comercio determina en concordancia con el artículo 897 de la misma normatividad, que contra las normas previstas en los artículos 518 a 523, inclusive, no producirá efectos ninguna estipulación de las partes, mientras que por su lado el artículo 897 establece que cuando se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial."

Como esto no ocurrió el contrato de renovó automáticamente por ministerio de la ley, razón por la cual no se ha incumplido el contrato de arrendamiento por lo debe declararse imprósperas todas las pretensiones.

2.4.2. En cuanto a las excepciones

La demandada propuso como excepciones de mérito, las siguientes:

"III.- EXCEPCIONES DE MERITO

3.1.- Inexistencia de causal para incoar la acción

3.2- Improcedencia incumplimiento del contrato de arrendamiento, cobro de clausula penal e indemnización de perjuicios e intereses moratorios.

3.3.- La fundada en el abuso del derecho"

2.4.3. En cuanto al Juramento Estimatorio

La parte convocada, presento objeción al juramento estimatorio, en los siguientes términos:

“V.- OBJECCION DE INDEMNIZACION

De manera clara objetamos las pretensiones económicas a título de cláusula penal y indemnización por perjuicios por valor de \$26.568.284.00 y el monto de la suma de \$150.221.018.00, a título de indemnización, liquidados con base en lo convenido en el contrato y un avalúo que no ha sido ni será debatido procesalmente por inocuo de acuerdo a la pretensión principal de terminación del contrato de arrendamiento por incumplimiento, para su procedencia debería dársele el trámite previsto en los artículos 226, 227 y siguientes del C. G. del Pr., o aceptado por su contradictor o ser base para determinar un valor del canon a través de una sentencia, por tanto es improcedente pretender sin haber ocurrido cualquiera de las anteriores circunstancias, para que sirva para tasar un supuesto daño o perjuicio, máxime que OLIMPICA S.A. hasta la sociedad sostendremos ha dado cabal cumplimiento a sus obligaciones contractuales y el Arrendador no efectuó el desahucio conforme a la ley razón por la cual el contrato se renovó hasta el 31 de marzo de 2023”.

2.5. Pruebas decretadas y practicadas

Por Auto No. 10 del 29 de mayo de 2019, el Tribunal decretó las pruebas en el presente proceso (Acta No. 9 folios 277 a 282 del Cuaderno Principal No. 1).

2.5.1. Pruebas documentales

Se decretaron como pruebas documentales las aportadas con los escritos de la demanda reformada y la correspondiente contestación.

2.5.2. Interrogatorio y declaración de parte

El interrogatorio al señor **CARLOS ALBERTO BARRERA ARDILA**, en calidad de Representante Legal de **OLIMPICA**, el cual fue practicado el día fue practicado el día 13 de junio de 2019 (Acta No. 11 folio 291 del Cuaderno Principal No. 1).

El interrogatorio y declaración de parte al señor **HERNANDO HERRERA LOZANO** fue practicado el día 13 de junio de 2019 (Acta No. 11 Folio 290 del Cuaderno Principal No.1).

2.5.3. Testimonios

El Tribunal decretó el testimonio de **AYDA PATRICIA HERRERA ALVARADO**, y el testimonio técnico de **JUAN FERNANDO SÁNCHEZ MARTHAN**, los cuales se llevaron a cabo en la audiencia del día 12 de junio de 2019 (Acta No 10 Folios 285 y 286).

2.6. Alegatos de conclusión

Las partes formularon oralmente sus alegatos de conclusión en audiencia realizada el 22 de julio de 2019, los apoderados de las partes presentaron de manera oral sus respectivos alegatos de conclusión y la parte convocante y convocada presentaron un resumen escrito de los mismos, los cuales obran en el expediente a folios 327 a 360 del Cuaderno Principal No 1.

El Tribunal hizo el estudio que corresponde sobre las posiciones expresadas en dichos alegatos y su resultado se encuentra reflejado en las conclusiones a las cuales llega el Tribunal en relación con los puntos objeto de este proceso y que en este laudo más adelante deja consignadas.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.1. Presupuestos Procesales

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso y para proferir pronunciamiento de fondo; así mismo, observa que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales, y no advierte causal alguna de nulidad, por lo que puede dictar laudo de mérito, el cual, de acuerdo a lo previsto en el pacto arbitral, se profiere en derecho.

En efecto, se acreditó:

3.1.1. Demanda en forma

En su oportunidad se verificó que la demanda y su posterior reforma cumplen con las exigencias del artículo 82 –y concordantes– del C.G.P., por lo cual el Tribunal la sometió a trámite.

3.1.2. Capacidad

En los documentos que obran en el expediente se observa que tanto la parte Convocante, como la parte Convocada, son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso; que su existencia y representación legal está debidamente acreditada, y que tienen capacidad para disponer por cuanto en la documentación no aparece restricción alguna. Además, por tratarse de un arbitramento en derecho, las partes han comparecido al proceso por medio de apoderados debidamente constituidos.

3.1.3. Competencia

En la primera audiencia de trámite, el Tribunal decidió ***“DECLARAR Y ASUMIR su competencia para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración, comprendidas tanto en el escrito la demanda como en el escrito de su contestación y la ulterior reforma y su respuesta,”*** lo anterior, en el marco del artículo 116 de la Constitución Política y la cláusula compromisoria incorporada en la cláusula décimo séptima del Contrato de Arrendamiento de los locales No 17 y 18 del Centro Comercial Cedritos Plaza 140, ubicados en la Calle 140 No 23 – 61 de la Ciudad de Bogotá, de fecha 12 de marzo de 1998, materia de la reclamación, la cual fue modificada por los apoderados de las partes en el presente trámite arbitral el día 23 de octubre de 2018 (Folio 99 del Cuaderno Principal No 1)

Frente a la cláusula compromisoria, el Tribunal constató que reúne los requisitos de existencia y validez exigidos por la ley para el pacto arbitral y para los actos jurídicos en general, y en especial los requisitos exigidos en el artículo 4 de la Ley 1563 de 2012.

El Tribunal verificó que ambas partes son personas jurídicas con capacidad plena para comparecer al proceso, pues de los documentos aportados no se advierte limitación alguna y, además, han comparecido a este proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados debidamente constituidos.

En cuanto a las diferencias puestas a su consideración el Tribunal señala que tienen origen en el Contrato suscrito entre las partes, están comprendidas dentro del ámbito de la cláusula compromisoria y son susceptibles de transacción.

3.1.4 Término para fallar

El término para fallar empezó a correr el 29 de mayo de 2019, por lo cual vence 29 de noviembre de 2019, de los cuales a la fecha del presente laudo han transcurrido 91 días.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra el Tribunal, que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado en regular forma y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado y que imponga darle aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso, es de rigor decidir entonces sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes consideraciones.

3.2 Delimitación de la controversia sometida a decisión arbitral y metodología para decidir sobre ella

Previo a abordar lo propio respecto de las consideraciones hechas por parte del Tribunal para resolver el conflicto descrito en el capítulo anterior, sea del caso puntualizar el alcance de dichas consideraciones enmarcadas y dirigidas al problema planteado.

Solicita la parte Convocante en su demanda que el Tribunal declare que la Convocada incumplió el Contrato de Arrendamiento celebrado sobre los locales comerciales No 17 y 18 del centro Comercial Cedritos Plaza 140, ubicados en la calle 140 No 23 – 61 de la ciudad de Bogotá, argumentando que la demandada no restituyó el inmueble al vencimiento del término del contrato, lo cual ocurrió el 31 de marzo de 2018. Lo anterior a pesar de haber enviado ella una comunicación con antelación de más de seis meses invocando allí dos de las tres causales que determina la ley para impedir la renovación del contrato de arriendo sobre locales comerciales donde funciona un establecimiento de comercio.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, la Convocante solicita que el Tribunal declare la terminación del contrato y se condene a restituir los inmuebles objeto de la controversia y que en caso de que no se cumpla con dicha pretensión, se practique diligencia de entrega de los locales arrendados. De igual forma, pide al Tribunal que se condene a la demandada al pago de la cláusula penal por un valor de VEINTISEIS MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$26.568.284); a título de indemnización solicita el pago de la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES DOSCIENTOS VEINTIUN MIL DIECIOCHO PESOS (\$150.221.018) y el valor del arriendo pactado hasta que se realice la entrega de los locales.

La Convocada por su parte argumenta el cumplimiento oportuno de cada una de las obligaciones del Contrato de arrendamiento celebrado y asevera que el contrato se renovó el 1 de abril de 2018, por 5 años más, es decir, hasta el 31 de marzo de 2023. Manifiesta que, si bien es cierto que se solicitó la entrega del inmueble con 6 meses de antelación, la demandante en su calidad de arrendataria no hizo manifestación expresa de que lo necesitaba para ocuparlo para un negocio propio y diferente al de OLIMPICA. De igual forma manifestó, que tampoco es viable el supuesto que indica que el inmueble debe ser reconstruido o reparado con obras necesarias que deban ejecutarse sin la presencia del arrendatario.

Así mismo, formula la parte Convocada las excepciones correspondientes a:

1. Inexistencia de la causal para incoar la acción.
2. Improcedencia incumplimiento del contrato de arrendamiento. Cobro de cláusula penal e indemnización de perjuicios e intereses moratorios.
3. La fundada en el abuso del derecho.

Siendo claro e incontestable, por ser hecho admitido por ambas partes, que el contrato celebrado corresponde a uno de arriendo sobre locales comerciales para el desarrollo de uno de los establecimientos de comercio de la sociedad OLIMPICA, la controversia se desatará teniendo especial cuidado en los alcances, requisitos, exigencias y formalidades que la ley contiene en especial para este tipo de contratos, cuya regulación está enmarcada entre los artículos 518 y 529 del Código de Comercio. De igual forma, tendrá el Tribunal especial cuidado en la verificación de los derechos y obligaciones de las partes, que surgen de la relación contractual, en especial con lo que tiene que ver con el derecho de renovación del contrato por una parte y el cumplimiento de los presupuestos subyacentes para la realización del desahucio.

Para estos propósitos el Tribunal procederá a analizar a través de un razonamiento lógico, enmarcado en el método deductivo, todos los antecedentes y situaciones fácticas que han sido expuestas por las partes en sus escritos, con el fin de llegar a una conclusión sustentada en las normas aplicables a la materia sometida a discusión y a las pruebas que obran en el expediente.

Previo a referirse en particular a las normas que gobiernan el asunto puesto a consideración del Tribunal, se hará referencia a los principios generales aplicables a todo contrato, para después en concreto descender a las normas propias del contrato de arriendo comercial, su marco normativo desde el punto de vista constitucional y legal y la protección especial de que gozan estos tipos de contratos, tendiente a garantizar una sana competencia empresarial, y de esta forma hacer un análisis integral que permita dilucidar los puntos puestos a consideración de este panel. Conforme a lo anterior, el Tribunal iniciará con el estudio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, la teoría de los actos propios reguladores de los contratos, para luego entrar a determinar las causales para enervar el derecho a la renovación de los contratos de arriendo comercial y revisar si para el caso específico dicho derecho fue o no enervado.

3.3. El principio de la autonomía de la voluntad y la real voluntad de los contratantes. **Alcances del contenido del artículo 1618 del Código Civil Colombiano**

Tal y como se anuncia, deberá el Tribunal ser muy cuidadoso en centrar su atención, más que en el tenor literal del contrato suscrito entre las partes en conflicto, sus Otrosíes y demás documentos relacionados, en lo que realmente los interesados querían fueran sus obligaciones, deberes y cargas, fundamentado ello en sus actuaciones durante la duración de su relación contractual y en cómo esas actuaciones sean las que revelen esa voluntad contractual de ellas y si de contera con ello, esa real voluntad fue o no transgredida por parte de alguno o de ambos de los intervinientes en la vida del contrato real que efectivamente los vinculó de acuerdo con el imperio de sus voluntades independientes.

Esta autonomía de la voluntad es la que en últimas debe proporcionar al juez los insumos necesarios para construir una decisión en derecho, aplicando para ello un método de interpretación sistémico de la normatividad aplicable y consultando siempre los principios reguladores del derecho, sus fuentes y presupuestos de estructura, más que el tenor literal de normas puntuales que se pudieren invocar.

Para iniciar entonces el acercamiento al concepto de la autonomía de la voluntad y pretender dar una definición de autonomía privada, siempre tendríamos que pensar en actitudes de tipo personal o subjetivas como autorregulación o autodeterminación, que de alguna forma dan una idea de autonomía privada como actitud subjetiva del ser humano.

De acuerdo con esto, definiríamos autonomía privada como aquella potestad que tiene el ser humano para autorregularse y ser soberano en sus propias decisiones en general, potestad que está presente permanentemente en las personas como fuente generadora de obligaciones a su cargo, incluso como fuente de nuevas cargas que complementen y/o modifiquen obligaciones ya formalmente adquiridas como resultado de la celebración válida de contratos. El poder vinculante que tiene la real determinación de las personas, resultado de esa autonomía, y el efecto y consecuencias que ello irradia sobre un texto contractual, debe ser el fundamento de una decisión judicial justa y aplicada sobre la realidad de los hechos que rodearon la conflictividad a desatarse con la decisión.

Dada la importancia de la regulación contractual, se hace necesario, como antesala al análisis de la interpretación de los contratos, detenernos en el estudio de la actividad negocial de los particulares, como fuente de las obligaciones entre nosotros.

Para mayor claridad, se deberá revisar el artículo 1494 del Código Civil¹, en donde se plasma la naturaleza progenitora de las obligaciones del negocio jurídico, para encontrar allí que ellas tienen su fuente fundamental en ese concurso de voluntades, así como en otras fuentes, siendo de especial interés ésta como soporte de la resolución de la demanda que nos ocupa, en razón, ya se advirtió, a la importancia que la mencionada autonomía tiene en la vida de los negocios de los particulares, así sea frente a negocios ya formalizados y aparentemente consolidados entre ellos.

En efecto, la primera de las fuentes generadoras de obligaciones, se insiste, es la autonomía de la voluntad de los contratantes, voluntad que tiene especial regulación legal en el propio

¹ "Artículo 1494 C.C.- . FUENTE DE LAS OBLIGACIONES. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia." (subrayas fuera)

artículo 1502 del mismo ordenamiento² donde se exige que esa voluntad esté libre de vicios y se exprese de manera inequívoca, manifestación que igualmente puede ser por directa expresión verbal y/o escrita de ella, o por la celebración y/o ejecución de actos que así lo hagan exteriorizar, tal y como adelante se expondrá.

No escapa a la claridad del texto el hecho de que es el consentimiento, y no la mera literalidad de las palabras, aquel que verdaderamente entraña la fuerza que confiere la posibilidad de obligarse a una persona. Por consiguiente, desentrañar el sentido ulterior y real que buscaban los convencionistas resulta, sin duda, la faena principal a la que el fallador debe abocarse, con el propósito de observar el conjunto de normas sobre las cuales se enarbola el derecho contractual en Colombia.

Es así y en desarrollo de esto, como el Título XIII del Libro IV del Estatuto Civil que gobierna lo relativo a la interpretación de los contratos, en su artículo 1618³, ibídem, en lo pertinente, alude a la prevalencia de la intención de los contratantes sobre la literalidad de las palabras contenidas en un documento al momento de entrar a decidirse sobre las prestaciones mutuas y los eventuales incumplimientos o desatenciones a esa voluntad consentida que gobierna realmente una relación contractual, poniendo esa intención, jerárquicamente en posición superior que el mismo tenor de las palabras contenidas en documentos por ellas suscritos.

Leyendo las definiciones de contrato de las diferentes codificaciones con las características mencionadas, encontramos en común en ellas que el contrato se sustenta fundamentalmente en el acuerdo de voluntades de las partes.

El artículo 864 del Código de Comercio colombiano dice que... *"El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial"*; por su parte el Código Civil colombiano en su artículo 1495 dice que ... *"Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas."*

Ambos conceptos propios de nuestro derecho privado tienen como fuente el principio de la autonomía privada, donde es el querer de las partes el que está ejerciendo influencia directa en el nacimiento del contrato y por ende en su ejecución y terminación, incluyendo, por supuesto, las eventuales modificaciones que a él ellas-las partes-quieran introducir en ejercicio de esa autonomía de la que nos venimos ocupando. Esos dos conceptos citados son un aporte directo

² "Artículo 1502. C.C.- REQUISITOS PARA OBLIGARSE. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra." (Bastardillas, negrilla y subraya fuera del original)

³ "Artículo 1618 C.C.- PREVALENCIA DE LA INTENCION. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras". (Bastardillas fuera del original)

del Código Civil francés de 1804, aporte extendido a la mayoría de las codificaciones de derecho privado existentes actualmente en Latinoamérica.

Además de considerar los conceptos de contrato como aporte del principio de la autonomía privada, es de sentido común suponer que de ahí se desprenden situaciones jurídicas especiales como la libertad contractual, el consensualismo, la fuerza obligatoria de los contratos y su efecto relativo o interpartes.

Como situación igualmente especial surge la interpretación de los contratos, que desde ya le resaltamos por considerarse esta situación especial íntimamente ligada al querer de las partes, como bien lo expresa el artículo 1618 del Código Civil colombiano, arriba mencionado.

El principio de la libertad contractual como especie de la autonomía privada, hasta ahora y de acuerdo con muchas de las legislaciones vigentes, al menos las descendientes del Código Civil francés, sigue siendo en mayor o en menor medida la base de la contratación privada. Esos sistemas de derecho privado con influencia francesa mantienen como base del contrato el acuerdo de voluntades. La libertad contractual, frente a nuestra legislación, siempre deberá permanecer incólume como aspecto plenamente subjetivo del ser humano, entendiéndose la posibilidad que tiene ese ser de decidir cómo y cuándo satisface sus necesidades y si para lograr ese fin debe celebrar un contrato, goza de esa libertad individual y subjetiva de realizarlo⁴.

Si el principio que se está tratando, tiene como una de sus principales utilidades explicar la obligatoriedad del contrato, es en este preciso punto donde requerimos nuevamente de nuestro Código Civil, en su artículo 1602⁵, que, si bien no nos habla explícita y directamente sobre el principio de la autonomía privada, sí es una consecuencia directa del mismo.

El contrato, según esa norma, está siendo equiparado con la ley, nació de un acuerdo de voluntades que implica una obligatoriedad, posterior resultado de ese mismo acuerdo, que para este efecto es la consecuencia de un ejercicio autónomo de la voluntad y de la libertad contractual de los individuos. De acuerdo con lo anterior, el ejercicio de la libertad contractual es fuente de ley para las partes, elevándose el contrato a la característica de ley.

Aunque existen grandes diferencias en estricto sentido jurídico entre la ley y el contrato, se le da la calidad de tal a este bajo un aspecto de carácter privado, lo que en técnica jurídica se llama, "*El Efecto Interpartes*".

⁴ PLANIOL, Marcel, Teoría de los Contratos., Tomo VI, pág. 34.

⁵ Artículo 1602. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Lo cierto pues es que esa comparación del contrato y la ley es una realidad, y aunque teóricamente o bajo las pautas de la técnica jurídica existan diferencias esenciales entre los dos conceptos, el contrato es una ley para las partes, y lo que nos importa aquí específicamente es que esa obligatoriedad, como lo dijimos anteriormente, nace de un libre acuerdo de voluntades, pudiéndose afirmar de esta manera, enfáticamente, que el principio de la autonomía privada, con su especie de la libertad contractual, sigue vigente y con texto positivo en la mayoría de los sistemas de derecho privado del mundo.

La obligatoriedad del contrato como consecuencia, más que de un acuerdo de voluntades, del principio de la autonomía privada, es algo de gran relevancia en la contratación privada, si pensamos que, de ahí, de ese acuerdo, nace un vínculo que, llevado a las esferas de la ley misma, sólo podrá ser extinguido o modificado por sus propios creadores, es decir, las partes. Esto de acuerdo con el artículo 1602 del C.C y equivalente de otras legislaciones surgidas del original Código de Napoleón, caracterizado por ser el artífice de la autonomía privada en nuestro sistema normativo.

A todo lo anterior debemos igualmente comentar, que si bien el contrato surge como tal de un acuerdo de voluntades, que a su vez nace de la libertad contractual de los individuos, su obligatoriedad en el cumplimiento para las partes, expresada en los diferentes códigos de derecho privado, incluyendo el nuestro en el artículo 1602 del Código Civil, se debe no a la voluntad de las partes sino al reconocimiento que el derecho objetivo hace a ese acuerdo de tener fuerza de ley.

Al respecto podemos citar a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de octubre 10 de 1978:

*"Cuando en los negocios jurídicos las partes contratantes sujetan sus estipulaciones a las pautas legales, o sea, en sus declaraciones de voluntad no comprometen el conjunto de normas que atañen al orden público y a las buenas costumbres, el derecho civil les concede a los contratos celebrados en esas condiciones fuerza de ley, de tal manera que no pueden ser invalidados sino por el consentimiento mutuo de los contratantes o por causas legales".*⁶

Analizando la posición de la Corte, denotamos claramente que es el derecho objetivo, a través del derecho civil y del derecho comercial, el que se encarga de darle al contrato privado la fuerza obligatoria de ley que se viene tratando, lo que hace pensar en la importancia que adquiere la libertad contractual, al ser reconocido el fruto de la misma - el contrato - como ley para las partes.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala civil familia y agraria en Sentencia del 16 de diciembre de 1968 con Magistrado Ponente: Samuel Barrientos Restrepo.

Además, igualmente es del parecer del Tribunal, que ese reconocimiento de fuerza de ley dado al contrato por parte del derecho objetivo tiene como fin proteger tanto el interés particular de los contratantes, como el interés colectivo, al expresar la Corte que esas declaraciones de voluntad nunca deben comprometer el orden público ni las buenas costumbres.

Aquí es impositivo dirigir la atención a los principios reguladores de las relaciones de las personas, reguladas ellas por principios constitucionales como el contenido en el artículo 83 de Ordenamiento Superior.

En conclusión, se debe afirmar que la obligatoriedad de los contratos plasmada por el legislador es un reconocimiento o una confirmación de la existencia de ese acuerdo de voluntades nacido de una libertad contractual, que ciertamente en la actualidad se va a restringir por causas diferentes como el orden público, la buena fe y por supuesto los principios generales del derecho, por ejemplo.

Relación directa con el principio de la autonomía privada y más específicamente con la alusión puntual, al papel del juez y sus efectos frente al principio, está la referencia ya anotada antes del Código Civil a la interpretación de los contratos. Es tan claro el código en reconocer la importancia que juega la voluntad de los contratantes en la formación de los contratos, que le otorga al juez autonomía para interpretar los contratos en sus mismas estipulaciones.

Al mismo tiempo la ley, además de otorgar la mencionada facultad, le está exigiendo al juez parámetros fijados por la ley misma a través del artículo 1618 del Código Civil, de interpretación de la intención de los contratantes, afirmando que *"Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras"*.

Lo confirma la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 16 de 1968, al expresar:

"Las referidas reglas de interpretación contractual no son meros consejos del legislador, sino verdaderas normas de obligatoria aplicación por parte de los jueces; que, si bien es cierto que ellas no tienen índole sustancial, puesto que no confieren derechos subjetivos ni imponen obligaciones civiles propiamente dichas, si son preceptos instrumentales que señalan las nociones, factores y conceptos que el juez ha de tener en cuenta para descubrir la intención de las partes contratantes, para apreciar la naturaleza jurídica de las convenciones y para determinar los efectos de éstas". (Subrayas fuera)

Por su parte el doctrinante Fernando Hinestrosa afirma que en la interpretación de la intención de las partes "se trata de establecer el sentido genuino de la expresión mediante la cual el o los sujetos negociables realizan una disposición de intereses"⁷ Así mismo, afirma que *"así se dice y*

⁷ Fernando Hinestrosa, Tratado de las Obligaciones II, Tomo II, p. 181.

*se repite que la interpretación del negocio jurídico tiene por finalidad desentrañar la intención genuina de su autor o sus autores; que la tarea del juez al respecto consiste en ello, y se agrega que nada más que en ello, ósea, en últimas, en establecer la 'voluntad real'."*⁸

Sin embargo, es importante resaltar la importancia del artículo 1618, frente al tema a decidirse. Hasta aquí se han revisado temas de obligatoria alusión, como la libertad contractual, la libertad para contratar, la voluntad como protagonista en la formación del contrato, las consecuencias de la unión de esas voluntades y su dimensión y efectos en la vida misma del hombre en sociedad.

Pues bien, esa norma del Código Civil recoge mucho de la importancia del principio de la autonomía privada en nuestra legislación, su inmensa transcendencia y creó definitivamente su gran vigencia en lo que se puede definir o se ha definido como época de auge del contrato, como principal acercamiento del hombre moderno.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de agosto 27 de 1971, condensa mucho de la importancia de la norma sobre interpretación de contratos:

"En punto a interpretación de los contratos, la exigencia es más imperativa, si cabe, en razón de la materia que se refiere, cual es la libertad humana considerada como fuente de relaciones de derecho. El acto jurídico es uno de los medios con que el hombre ejerce esa libertad, y se comprende que su interpretación por parte de los jueces no tenga otro fin que respetar y garantizar esa libertad. Ello quiere decir que la operación interpretativa del contrato parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo, es traicionar la personalidad del sujeto comprometido en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él. Por lo mismo y con el objeto de asegurar siempre el imperio de la voluntad, las declaraciones vagas, confusas, oscuras o inconsonantes deben ser interpretadas, ya que todo proceso del querer persigue un fin. No interpretarlas sería anularlas, cancelarlas como expresión de la voluntad, y por ello, su augusta función que toca con las más altas prerrogativas humanas, la de desentrañar el verdadero sentido de los actos jurídicos." (Subrayas fuera)

Además de la posibilidad que tiene el juez de intervenir en la relación de los particulares, bien sea interpretando las cláusulas contractuales de acuerdo a lo expresado por el Código Civil, o bien ejerciendo autoridad cuando el desequilibrio se presente por circunstancias resultado del actuar libre de las partes posteriormente a la creación del contrato, el principio de la autonomía privada permite a los particulares mismos un fingimiento de la voluntad que implica una discrepancia entre la voluntad subjetiva y objetiva del individuo, con la intención de

⁸ Ibídem p. 182.

producir una apariencia de un negocio jurídico diferente al que realmente ellos están efectivamente celebrando.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ya lo dijimos antes, ha establecido que las normas de interpretación de los contratos, aun cuando no son normas de naturaleza sustancial, por cuanto no son creadoras de derechos subjetivos ni imponen obligaciones civiles, son, en efecto, un mandato del legislador que los falladores deben tener en cuenta en el momento en el que decidan sus controversias⁹.

Por lo anterior, el juez, al momento de interpretar un contrato, debe escudriñar el sentido jurídicamente relevante del mismo a través de las normas que el legislador le impone para el efecto.

Así como ha desarrollado genéricamente las normas de interpretación de los contratos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, también ha estudiado por separado cada una de estas normas. Respecto de la norma citada, ha manifestado la Corporación que el juez debe dar prevalencia a la real intención de los contratantes sobre la mera literalidad del texto:

*"Por lo mismo, la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la "recíproca intención de las partes" (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aun siendo "claro" el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, **impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negociaj, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que "...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato**"*¹⁰. (Se subraya y resalta)

⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo – 16 de diciembre de 2005. En esta providencia la Corte decidió sobre la admisibilidad de la demanda de casación interpuesta por la Sociedad Promotora de Energía Eléctrica de Cartagena. En la misma se reiteró jurisprudencia de la Sala sobre el tema referenciado del 16 de diciembre de 1968 en el acápite de consideraciones.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – MP: William Namén Vargas – 7 de febrero de 2008. Jurisprudencia reiterada en fallo de 1 de julio de 2009, mismo magistrado.

Del texto transcrito se colige que el juez debe utilizar, *verbi gratia*, las conversaciones o actos preliminares y/o posteriores a la celebración del contrato para identificar claramente el motivo que llevó a las partes a contratar o a desarrollar su contrato de determinada forma libre. Ello entraña, naturalmente, el reconocimiento de que la voluntad de las partes, habida cuenta de su circular importancia en materia contractual, debe ser la fuente primigenia para la resolución de controversias surgidas en obligaciones *ex contractu*.

En el mismo sentido, en sentencia del 28 de enero de 2005 (Exp: 7504), el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo refiere en su fallo al texto del 1618, en estudio, de la siguiente manera:

“Esa búsqueda –o rastreo ex post- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborio hermenéutico”. (Se subraya)

La posición jurisprudencial es prístina en reseñar que no es posible, so pretexto de exigir el cumplimiento de una obligación, echar de menos la voluntad de los contratantes. Y no puede ser de otro modo, pues dotar de un carácter pétreo a las estipulaciones plasmadas en el texto llevaría al absurdo de desconocer que, en materia contractual, la fuerza de obligarse proviene de la autonomía de la voluntad de los convencionistas.

Como consecuencia de lo dicho, éstos -las partes contratantes- en cualquier tiempo, están autorizados para modificar, sustituir, abrogar, derogar o novar las obligaciones que han contraído de común acuerdo, sin solemnidades distintas a las que la ley haya impuesto para el contrato de que se trate, o las derivadas de su propio actuar, como adelante se estudiará.

Por eso, con acertado criterio, la Corporación reitera en una y otra oportunidades que, sin perjuicio del tenor literal de las cláusulas, cuando exista claridad meridiana respecto de la intención de las partes en un negocio jurídico, ésta deberá primar sobre aquélla.

De la misma manera y cerrando la discusión, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del primero de julio de 2009, M.P.: William Namén Vargas, afirma:

“Compréndese, entonces, que la directriz cardinal de la interpretación de un contrato es desentrañar la communis intentio de las partes aún sobre el texto literal, tal como dispone el artículo 1618 del Código Civil...”.

En consecuencia, de todo lo hasta aquí dicho, de la inalterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es posible concluir que, en tratándose de la interpretación de los contratos, la aplicación del artículo 1618 del Estatuto Civil reviste una nodular importancia y es de obligatoria observancia por el fallador.

Como ya se ha anotado, al ser el negocio jurídico un acuerdo de voluntades, el fallador se encuentra en la forzosa obligación de colegir la voluntad real, la obligación respecto de la cual los contratantes prestaron su verdadero consentimiento, así como examinar cuáles fueron sus posibles modificaciones o cambios, todo, se insiste, bajo la égida del respeto por los principios superiores reguladores del comportamiento recto de los asociados, emanado, ya lo dijimos, del artículo 83 de la Constitución Política.¹¹

3.4. Los actos propios como expresión de la voluntad de las partes. Teorías complementarias: El abuso del derecho, el fraude a la ley y la sanción legal de los actos jurídicos

Establecida la obligación del juez de adentrarse en la real intención de las partes contratantes en los términos expuestos en el aparte anterior, se impone profundizar precisando respecto de las posibles maneras de cómo las partes exteriorizan esa real voluntad para que, en aplicación del precepto del art. 1618 atrás estudiado, pueda el juez darle cabal aplicación.

Adicionalmente a las expresas manifestaciones de voluntad, verbales y/o escritas que denoten esa intención de los contratantes de exteriorizar su real querer, es de importancia prima revisar la manera cómo con sus actuaciones y desarrollos contractuales esas personas protagonistas del contrato comunican sus intenciones y cómo esas actuaciones al ser percibidas por su contratante tienen unos efectos que deben ser reconocidos y especialmente respetados por quien con esas actuaciones así lo hizo percibir. Es lo que se conoce en la doctrina como ***“La Teoría de los Actos Propios”***.

En las relaciones contractuales, cuando una parte con sus actuaciones da lugar a su correspondiente a pensar algo y luego, desconociéndose tales actuaciones inductoras de tal creencia, se pretende por ella reclamarle lo contrario a quien así se indujo a un aparente incumplimiento, se incurre en lo que se conoce por la doctrina como ***“Venire contra factum proprium”***, o el Desconocimiento de los Actos Propios.

Las Altas Cortes han declarado la proscripción de estos actos, estableciendo el reproche que se hace a quien, rayando en la mala fe, pretende desconocer actuaciones suyas que hacen creer a la otra parte que las condiciones contractuales se desarrollan de determinada manera que luego se le desconoce para, amparados en una verdad formal, reclamarle un eventual incumplimiento.

¹¹ “Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.”

Así pues, se puede concluir que el silencio, al igual que las palabras, los gestos y, en fin, el comportamiento de las partes contratantes son objeto de interpretación para el posterior entendimiento de una relación negocial, razón por la cual las partes deben asegurarse de imprimir en su conducta el sentido exacto de lo que se quiere dar a entender a los demás, so pena de que el efecto que se atribuya a determinada conducta, no sea el esperable o razonable.

A propósito, la doctrina internacional ha dicho que...

“De suyo, esta actitud busca afianzar la confianza, la fidelidad, el compromiso y la prontitud en auxiliar a la otra parte, para que se pueda cumplir con sus recíprocas obligaciones. En este orden de ideas, también la doctrina se asegura que las partes cumplan con sus obligaciones y que ninguna de ellas se limite a esperar que la otra cumpla las que le son propias, sino que a cada una le competen obligaciones complementarias en orden a facilitar la normal y adecuada ejecución del contrato, de acuerdo con la naturaleza del mismo” (...)

Esto significa para Ghestin, y el profesor Billau, que,

“el acreedor no debe simplemente ejecutar de manera escrupulosa sus propias obligaciones; debe cuanto menos no haber provocado la inejecución del contrato por el deudor y además haberle facilitado su cumplimiento”,

Esto, refiriéndose al proceder de la parte que desconociendo lo que hizo sentir a su correspondiente, pretende ella hacer cumplir lo que dio ella misma a entender, estaba convenido de otra forma.

La Teoría de los Actos Propios se funda en esta razón por la que la conducta de las partes en las relaciones contractuales ha de analizarse a la luz de los principios de la buena fe y lealtad contractual, fundamento de la teoría, que busca la protección de la coherencia de la conducta contractual y de las expectativas legítimas que de ella se derivan. Conforme a la teoría de los actos propios, dice Betti:

“El declarante está obligado porque ha desarrollado un comportamiento del que la contraparte pudo legítimamente inferir-obrando con buena fe, como hombre razonable y correcto- la existencia de una determinada voluntad.”¹²

Corresponde al Tribunal en su condición de juez de la presente causa, examinar a la luz de estas consideraciones, cuál fue la conducta de las partes en las distintas etapas de su relación contractual, según se observó en el curso del debate probatorio a través de las pruebas

¹² Emilio Betti – Teoría General de las Obligaciones.

recaudadas, lo que necesariamente le dará al mismo la medida de la actitud con la que obraron las partes en todas las fases del negocio en litigio, y poder concluir así que la actitud y manifestación de las partes, que hoy reclaman como sustento de sus peticiones, no va en contra de sus propios actos, ni se sale de los parámetros de la buena fe.

El apoyo de esta teoría de la que venimos ocupándonos se encuentra en la legislación colombiana, especialmente en el Constituyente de 1991 que dotó de particular relevancia las actuaciones de los particulares y de los funcionarios públicos, enderezadas a cumplir con el principio de la *buena fe*:

“Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.” (Bastardillas y subrayas fuera del original)

De lo anterior se colige que en materia contractual, la libertad negocial de los individuos está igualmente irradiada por el principio que la Carta Política consagra como fundamental para el cumplimiento y protección de los derechos de las personas. Naturalmente, el carácter mandatorio de la buena fe hace de suyo necesario el cumplimiento de unas conductas que garanticen confianza entre los contratantes.

Como complemento del mandato superior arriba citado, es que el artículo 1603 del Código Civil plasma, expresamente, la obligación de observar el principio a que aquí se alude, en tratándose de contratos:

“ARTICULO 1603. EJECUCIÓN DE BUENA FE. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.” (Subrayas fuera del original)

Para efectos de desarrollar la denominada *teoría de los actos propios*, palmaria dimanación del principio de buena fe, amerita estudiar los componentes subjetivo y objetivo de ésta, de manera que sea posible avizorar sus verdaderos alcances.

En palabras del tratadista Juan Pablo Cárdenas, la buena fe ... *“en su sentido subjetivo se refiere a un estado de conciencia, conocimiento o ignorancia de algo; mientras que, en su sentido objetivo, hace referencia a un patrón de conducta.”*¹³, ... por lo tanto, la fuerza obligatoria del contrato se explica, no ya por la libertad contractual, sino por la confianza que se genera con las actuaciones enderezadas al cumplimiento de la obligación, fruto de la buena fe.

¹³ Cárdenas Mejía, Juan Pablo. *Tertulia sobre contratos civiles y mercantiles*. Bogotá, Colombia. 2015.

Sirve lo dicho para precisar que una definición sencilla del concepto de esta teoría puede ser la inadmisibilidad del ejercicio de derechos o cualquier facultad que resulte contraria a conductas previamente realizadas y que de las mismas sea predicable algún tipo de eficacia en el universo jurídico.

Resulta evidente que, si la buena fe es la fuente primigenia para la generación de confianza entre los convencionistas hecho del cual se desprende su obligatoriedad, uno de ellos no podría entonces asumir actitudes tan diametralmente opuestas que den lugar a que el otro no pueda avizorar, con claridad meridiana, el cauce que la ejecución del contrato está llamada a seguir.

Lo anterior nos hace concluir que no es permitido, bajo la óptica de la teoría de los actos propios, un cambio injustificado de comportamiento cuando se ha generado una expectativa razonable en lo atinente a las conductas futuras del agente, así ellas tengan visos de legalidad, esto a riesgo de incurrir en un claro Abuso del Derecho.

Ahora bien, sobre el tema, ha sido la jurisprudencia de las Altas Corporaciones la que ha ilustrado la teoría siendo dicho desarrollo jurisprudencial de naturaleza Constitucional y Civil, en virtud de las normas que inspiran su desarrollo.

Así, la Corte Constitucional ha manifestado su posición en este sentido en diversos fallos:

“Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Principio constitucional, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho¹⁴”. (Subraya y negrilla fuera del original)

De lo anterior, es posible colegir que se presenta la teoría del acto propio como una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, ya que los mismos se encuentran supeditados a conductas realizadas por alguno de los contratantes.

Siguiendo la misma línea, en sentencia T-608 de 2004, con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, el máximo tribunal de la jurisdicción Constitucional estableció:

¹⁴ Corte Constitucional – MP: Alejandro Martínez Caballero – 4 de mayo de 1999 – sentencia t-295-99.

“En esta medida, uno de los aspectos de mayor importancia y que hace parte del ámbito de protección del derecho al debido proceso, es el relativo al principio del respecto del acto propio, cuya esencia radica en que un sujeto de derecho que ha producido un acto generador de efectos particulares y concretos a favor de otro, no puede variar de manera unilateral e inconsulta su propio acto, pues de hacerlo, estaría violando los principios de buena fe, confianza legítima y el derecho al debido proceso”. (Subrayas fuera del original)

En el mismo sentido, es ahora la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la que también se ha manifestado sobre el particular en diferentes oportunidades. En sentencia de fecha 9 de agosto de 2007, el Magistrado Pedro Antonio Munar propuso lo siguiente, en relación con la teoría objeto de análisis:

“Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada “Teoría de los Actos Propios””. (Subrayas fuera del original)

Esto se reitera en fallo del 24 de enero del 2011, cuando la Sala también se manifestó al respecto, aludiendo a que la teoría pretende que exista coherencia en las conductas relacionadas de los agentes y sus eventuales pretensiones:

“Ahora, referir a la doctrina de los actos propios, es reclamar la exigencia de un comportamiento coherente; de ahí que, la concreción de una u otra conducta, según su extensión y efectos, vista en retrospectiva, permite precisar si lo cumplido estaba en la misma línea de lo que, otrora, se ejecutó. Realizado este ejercicio, si lo acaecido no correspondió a lo que en el pasado inmediato tuvo lugar; si no hay puentes comunicantes entre una y otra conducta que le mantengan en su esencia, significa que el acto propio no fue respetado y, contrariamente, el proceder desplegado contradijo su inmediato antecedente, esto es, vulneró el principio analizado”¹⁵. (Bastardillas fuera del original)

Fluye de contera de la jurisprudencia transcrita que, sin lugar a dudas, los *actos propios* son la materialización del sentido objetivo del principio de buena fe rector en materia contractual, y, por tanto, el ordenamiento jurídico repudia actuaciones manifiestamente contrarias de un mismo contratante, al punto de advertir que puede devenir en la imposibilidad del ejercicio de algunos derechos que, de otra manera, serían lícitamente ejercitables por el convencionista pero que como resultado de sus propios actos, ahora le estaría vetado.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia Sala Civil – 24 de enero de 2011 – MP: Pedro Antonio Munar Cadena Exp: 00457

La más completa referencia y decisión unificadora en esta materia se encuentra quizás en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia T- 295 de 1999, en relación con la teoría de los actos propios, expuesto de la siguiente manera:

“Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.” (...)

“La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “Venire contra pactum proprium nellí conceditur” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.”(...)

“El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díaz Picazo enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice “no se puede ir contra los actos propios”. “Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.”

Agrega la misma sentencia de la Corte Constitucional, que para que pueda ser aplicada la doctrina del acto propio se requiere de la existencia de tres condiciones:

“a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. -

Se debe entender como conducta, el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto, debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercuten en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica. La conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses y en donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe son los mismos. Pero, además,

hay una conducta posterior, temporalmente hablando, por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.

b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción – atentatoria de la buena fe- existente entre ambas conductas. -

La expresión pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro lado, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibles por ser contradictoria con la primera. Pretensión, que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que está dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de la primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria, es el objeto perseguido.

c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

Es necesario entonces que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas -como emisor o como receptor- sean los mismos. Esto es que tratándose de sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior”.

La Corte Constitucional igualmente, en la sentencia T-295/99 se refiere al tema de los actos propios así:

“Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Principio constitucional, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho”.

Podemos observar de lo anterior, como la doctrina de los actos propios es una manifestación de la regla del *“Venire contra factum proprium non valet”* que implica la imposibilidad general de actuar contra los propios actos, es decir que a nadie le es lícito invocar un derecho en contradicción a su conducta anterior.

Lo anterior muestra como *“nadie puede variar de comportamiento injustificadamente, cuando ha generado en otros la expectativa de comportamiento futuro”*.

Se constituye así, un límite al ejercicio de un derecho subjetivo con el fin de obtener, en las relaciones jurídicas, un comportamiento consecuente de las personas y el respeto del principio constitucional de la buena fe.

La doctrina ha hecho lo propio desde su esquina, tal y como lo sostiene el tratadista Vincenzo Roppo, al afirmar:

*“La buena fe impide a las partes ejercer sus propios derechos contractuales de modo lesivo, desleal y dañoso para la otra parte (...) La buena fe obliga a las partes a la coherencia de sus propios comportamientos (...) ello se fundamenta en el antiguo precepto que prohíbe venire contra factum proprium”*¹⁶(Subrayas fuera del original)

La anterior premisa encuentra asidero en que, en materia contractual, lo reiteramos en el desarrollo anterior de manera extensa, es la voluntad de los convencionistas aquella que permite enderezar el negocio jurídico y la que debe prevalecer al determinar cargas recíprocas entre ellos; por lo mismo, autorizar el cambio intempestivo de intención, incluso en desmedro de quien ha cumplido a pie juntillas con lo pactado, implica desconocer, en todas sus partes, la regulación normativa que de ordinario dota de carácter mandatorio a la coherencia conductual de las partes.

En suma, la doctrina mundial es pacífica en reconocer plenos efectos a la teoría de los actos propios, porque se erige como el fundamento verdadero de la conducta de la que se desprenderá la confianza en la ejecución de un contrato entre dos o más partes. Así mismo, la normativa doméstica autoriza el pleno desarrollo de esta doctrina, con fundamento en las normas transcritas.

También el profesor JORGE CUBIDES CAMACHO se ha pronunciado en relación con este tema de orden contractual:

¹⁶ Cfr. Roppo, Vincenzo. *Il Contratto*. Milán, Italia. Ed. Giuffrè. 2001. P. 496.

“Muchas veces las conductas o actos anteriores son opciones jurídicas o acuerdos adoptados con suficiente fuerza jurídica que proyectan sus efectos hacia delante de tal manera que la actuación contraria a ellos debe rechazarse, (...). En otras ocasiones no son ya esas posiciones de orden jurídico, sino la repetición de actitudes y decisiones de las partes, o de una parte con la aquiescencia de la otra, como la excusa reiteradamente aceptada en el cumplimiento de algún requisito convenido, el recibo de pagos periódicos con algún retraso sin aplicar la sanción por la mora o la opinión compartida sobre el alcance de alguna de las cláusulas contractuales. (...). En este mismo sentido, esas actuaciones anteriores constituyen el criterio para interpretar y fijar el alcance de las prestaciones que aún faltan por cumplir dentro del contrato, porque han creado o han suscitado un entendimiento que se tornó vinculante, lo cual, desde luego, implica una variación respecto de lo inicialmente acordado o previsto.”¹⁷

En conclusión y acorde con lo expuesto en relación con la aplicación y alcances del artículo 1618 del C.C., una inequívoca manera de exteriorizar la voluntad de los contratantes encuentra soporte precisamente en sus actuaciones y en el desarrollo de sus propios actos en relación y con el lleno de las exigencias jurisprudenciales anotadas, pero es innegable que allí deberá centrarse cuidadosamente la atención del juez que busca la real voluntad de los contratantes que ahora demandan la desatención de las obligaciones para con ellos contraídas por su contraparte y verificar cuál es el real alcance de las presuntas obligaciones desatendidas, principio que además recoge de manera paralela el inciso 1° del art. 280 del CGP.¹⁸

Como un adelanto a lo que adelante se desarrollará con el tema, es conveniente empezar a asomar y a aproximar, en lo posible, este tópico de los actos propios con la regla general del derecho, conocida como abuso del derecho.

La teoría de los actos propios, o *venire contra factum proprium*, “es una derivación inmediata del principio general de la buena fe”, lo hemos repetido a lo largo de estas líneas, y se recoge, al decir de Maurino que: “no puede admitirse que un litigante pretenda fundamentar su accionar con el aporte de hechos y razones de derecho que contravengan sus propios actos; que asuma una actitud que lo venga a colocar en contraposición a su anterior proceder”, que en últimas significa, y a breves rasgos nos dice esto es que una parte, una persona no puede asumir o tomar un comportamiento contradictorio o inconsecuente en relación a otro comportamiento que fue “jurídicamente vinculante” pues si así lo hace, ello constituiría una

¹⁷ CUBIDES CAMACO JORGE. Los Deberes de la Buena Fe Contractual. REALIDADES Y TENDENCIAS DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI. Derecho Privado. Tomo IV. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Editorial Temis. 2010. Pg. 272.

¹⁸ Artículo 280 CGP. Contenido de la sentencia. - La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella. (...) Subrayas fuera

violación o falta al Principio General del Derecho de la Buena fe y se puede agregar que a la Lealtad Procesal.

En otras palabras, esta figura se da cuando la conducta del litigante contradice cronológica o lógicamente a otra anterior asumida en el juicio, esta conducta puede ser dentro de la misma relación o situación jurídica. Es así, que, en esta figura, se llega a sancionar a aquella persona que con su accionar contradictorio, muestra una mala actitud, mal comportamiento y hasta malas intenciones, razón por la cual se atenta contra la buena fe.

Es en este punto en el que el abuso del derecho y esta teoría coinciden. Sin embargo, existen varios puntos que los diferencian: para la configuración del abuso del derecho, no se toma en cuenta la intención del agente, es decir no se mira si se vulneró la buena fe, sino se mira únicamente la existencia de un daño causado, por lo que lógico es entonces decir que, de acuerdo con este punto vista, no es necesario atentar la buena fe para que se produzca abuso, lo cual sí se evidencia necesariamente en la Teoría de los Actos Propios, punto en el cual encuentran diferencias.

Otra diferencia es el hecho de que, en la teoría de los actos propios, para que el presupuesto de la sanción se configure, es necesario que se evidencie una actitud o comportamiento inconsecuente o contradictorio en el marco del mismo juicio, relación o situación jurídica.

Al ser la actitud inconsecuente, lógico es decir que, para merecer tal calificativo, necesita otro acto o conducta con la cual compararse.

En el abuso del derecho, no se necesita dicha comparación, pues analizando el acto o conducta aisladamente, se podrá hacer el análisis del comportamiento abusivo. En pocas palabras, podemos decir que se diferencian porque la una es actuar abusivamente, la otra inconsecuentemente.

Podríamos incluso sostener, que en el Abuso del Derecho no se es inconsecuente con una conducta adoptada anteriormente, sino se es inconsecuente con la finalidad que pretendía o buscaba la norma.

En fin, si bien puede haber puntos conectados entre ambas figuras, se han indicado ya las diferencias que claramente indican la autonomía de cada figura entre sí.

Estas reflexiones son el pilar de los que se viene adoptando por la Jurisprudencia y la Doctrina colombianas como el **principio de la coherencia contractual** que inicia con el expuesto principio del *venire contra factum proprium non valet*.

3.5. Principio de la confianza legítima

En igual sentido, también en el ámbito de las relaciones contractuales, existe el principio complementario conocido como PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.

Este es un derecho constitucional implícito, ya que tiene también su fundamento en el artículo 83 de la Constitución según el cual *“las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas”*, y en forma específica, en materia contractual, en el artículo 1603 del Código Civil, según el cual *“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”*.

Así, el desconocimiento unilateral de los términos de un acuerdo o convención por alguna de las partes no sólo desconoce el principio de buena fe y el respeto a los actos propios, sino que también viola el principio de la confianza legítima por no obedecer a una conducta legítima.

El principio de la confianza legítima se encuentra estrechamente ligado al de los actos propios y a la teoría de la apariencia, por derivarse del principio de buena fe.

En el laudo arbitral del 24 de octubre de 2002 proferido por Tribunal designado por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, constituido por los árbitros Saúl Sotomonte, Gaspar Caballero Sierra y Francisco Reyes Villamizar, se decidió en derecho el conflicto presentado entre una sociedad consultora y dos compañías aseguradoras.

Allí se dijo, en relación con lo que venimos tratando:

...“debe afirmarse que la conducta de los particulares en la ejecución de un contrato, las aceptaciones tacitas, los hechos inequívocos y otros gestos que trascienden el ámbito jurídico tienen un valor significativo en el derecho privado, en especial cuando se trata de dilucidar la intención de las partes en un determinado contrato. No puede admitirse que tales verdaderas manifestaciones de voluntad se consideren inocuas o carentes de significación jurídica cuando demuestran una intención clara que se exterioriza de modo contundente en conductas con relevancia para el mundo del derecho, y no es necesario abundar en razones sobre las consecuencias que, con sobrada justificación se le han dado en la doctrina y en la jurisprudencia a las conductas de negación de los propios hechos (Venire contra factum proprium)”

En la práctica comercial donde en no pocas ocasiones los contratos surgen a la vida jurídica de un momento a otro *“suelen estar precedidos de ciertas etapas en que las partes discuten y consideran distintos aspectos del negocio en ciernes de celebración”* (C.S. SC, 2002).

Esta situación que es concretada y protegida por el estatuto mercantil en su artículo 863, y en tal sentido lo ha expuesto la Corte Suprema (1998):

“Durante toda esta etapa precontractual deben actuar con lealtad y buena fe exenta de culpa so pena de indemnizar los perjuicios que se causen como, acontece, por ejemplo, cuando alguna de ellas, traicionando la confianza que la otra ha depositado en la seriedad de las conversaciones las interrumpe injustificada y abruptamente.” (subrayas fuera)

i) ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

El principio de confianza legítima- se manifiesta en situaciones donde la expectativa de un sujeto por la conducta de otro genera un grado de confianza, sinceridad, seriedad y veracidad, ocasionando una protección legal y constitucional y confiando de buena fe que no varíen las circunstancias que lo rodean, así lo precisó el Consejo de Estado.

De igual forma, indicó la corporación que esta figura posee dos caras:

1. Constituye la materialización del principio de seguridad jurídica en las relaciones del Estado con sus asociados, es una consecuencia lógica del principio de buena fe en toda relación jurídica y además de ello, lo explicó la Sección Segunda del Consejo de Estado al decir que este primer significado busca otorgar al ciudadano el derecho a prever y ordenar su trayectoria de vida y sus negocios, con un mínimo de estabilidad institucional, en un marco donde no cambian sus circunstancias con relación al Estado.

2.- Esta segunda tiene como fin garantizar la confianza que se predica de la fuerza vinculante de la manifestación de la voluntad, y en general de cualquier comportamiento voluntario o involuntario interesado en producir efectos jurídicos entre particulares o entre el Estado y sus asociados. (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez). Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 440123330020130005901(48762014), Sep. 1/16

ii) LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LAS RELACIONES DE DERECHO PRIVADO

El ordenamiento civil colombiano al estar basado en el código napoleónico de 1804, que consagra la voluntad privada como fuente suprema de los actos jurídicos, establece que, i) *“en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley”* (Código Civil,

art. 6); ii) el art. 1523: *“Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes”*; y iii) el 1602: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Todas estas disposiciones parecerían situar al ordenamiento colombiano dentro de la tesis racionalista, pero otras disposiciones del mismo Código limitan este amplio campo de acción de la autonomía privada, como por ejemplo i) el art. 16, que dice: *“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”*, ii) el art. 1518 que dice que el objeto ilícito o moralmente imposible es *“aquel prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”*; iii) el art. 1524 dice: *“Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”*; iv) el art. 2 de la Ley 50 de 1936 que ordena al juez declarar de oficio la nulidad absoluta de todo acto o contrato que tenga objeto o causa ilícita.

Por lo tanto, al contrario de lo que en principio pudiese parecer, el ordenamiento civil colombiano subordina la voluntad privada al orden público.

Frente a ley resulta claro, pues, como se ha manifestado, los particulares no pueden desconocer el marco legal al momento de hacer uso de su capacidad negocial.

Fernando Hinestrosa presenta el siguiente concepto de autonomía privada, pero subordinada por superiores disposiciones:

“En fin, se puede concebir dicha autonomía como el poder reconocido a los particulares “para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos” (Scognamiglio citado en Hinestrosa), autonomía negocial que explica la concurrencia del poder de disposición particular con el poder normativo del ordenamiento y la colaboración entre ellos.”

Las relaciones en el ámbito del derecho privado parten del supuesto formal de igualdad de las partes, por lo que, al menos en principio, se puede afirmar válidamente que ninguna de las partes que hacen uso de su capacidad negocial ostenta una posición de preponderancia frente a la otra.

Pero incluso partiendo del supuesto de una igualdad material entre las partes contratantes se puede afirmar que ellas están obligadas a ceñirse a los postulados de la buena fe, la equidad, la seguridad jurídica e incluso a respetar la cláusula del Estado Social de Derecho en el marco de su autonomía negocial.

En Colombia, con la entrada en vigor de la Constitución de 1991, se ha producido lo que la doctrina ha convenido en llamar el “*proceso de constitucionalización del derecho*”. Lo que se ha operado en los últimos tiempos es un cambio en la forma de concebir el derecho y, lógicamente, en la forma de interpretarlo.

La confianza ha sido objeto de protección a través del tiempo en los diferentes ordenamientos jurídicos permeando las relaciones enmarcadas tanto en el derecho privado como en el derecho público. Así, la confianza direcciona el contenido de las relaciones en las cuales los individuos se encuentran en un plano de igualdad como ocurre en el marco de las actuaciones comerciales, como también en aquellas relaciones en las que se encuentran las partes en una situación de desigualdad dada la preponderancia propia que ostenta la administración frente al administrado.

Está sujeta a las prescripciones derivadas de la observancia del principio de la buena fe, el principio de equidad, el principio de seguridad jurídica y la cláusula del Estado Social de Derecho, que traen como consecuencia la confianza de que ese obrar se mantendrá a lo largo del tiempo generando lo que la doctrina ha convenido en denominar “expectativas legítimas”, que constituyen verdaderos derechos oponibles y garantizables a través de los mecanismos establecidos en la ley para ello y, cuando no, elaborándolos a partir de la fijación del contenido y alcance de estos principios constitucionales que informan la totalidad del ordenamiento jurídico.

En el marco de las relaciones comerciales, los deberes de lealtad y corrección derivados de la observancia de estos principios, obliga a los contratantes a ser coherentes con la actitud desplegada que ha sido capaz de generar en su contraparte la expectativa de que su actuar en las distintas etapas de la actividad negocial va a estar ajustada a los cánones impuestos por el cumplimiento del principio de confianza legítima.

Así mismo, los obliga a desplegar su actividad de tal manera que las atribuciones conferidas por el ordenamiento, como consecuencia del legítimo ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, no degeneren en abuso del derecho, ni en una violación arbitraria e injustificada de los diálogos que comporten la causación de perjuicios en la contraparte que vea defraudadas las expectativas que legítimamente se ha formado y de las cuales espera su cabal cumplimiento.

No obstante, lo anterior, el hecho de que la confianza legítima derive de estos principios y que en relación con el principio de la buena fe se pueda afirmar que se trata de una especie de ella, no excluye o descarta el hecho de que se trata de un verdadero principio autónomo que cuenta con su propio campo de aplicación.

Se puede afirmar que ...

“quien defrauda la confianza creada en otro por él mismo, demuestra un grado de animadversión más elevado frente al orden jurídico que quien desde el principio actúa de mala fe, por lo que esa actitud engañosa, de aparente conformidad a derecho, debe ser objeto de un reproche más elevado equiparable al de una actitud temeraria, pues resulta más nocivo el comportamiento de quien demuestra determinada línea de conducta conforme al orden jurídico y luego despliega otra que, no obstante su aparente conformidad a derecho, oculta un actuar de mala fe, que aquella que desde su origen permite al sujeto perjudicado descalificarla.”¹⁹

3.6. Teoría de la apariencia

Siguiendo en esta línea, complementario con lo ya expuesto, se impone dar una mirada a otro aspecto de este desarrollo del Principio de la Coherencia Contractual, específicamente con el que se conoce como la TEORÍA DE LA APARIENCIA. La teoría de la apariencia constituye una de las principales ilustraciones de la relación particular que tiene el derecho con lo real: el derecho logra no oponer más apariencia y realidad sino volverlas complementarias.

La situación ostensible siendo generalmente la imagen de la realidad, cada quien le otorga su confianza. Esta confianza, que condiciona la acción, solo subsiste porque no importa si apariencia y realidad se encuentran excepcionalmente disociadas. La apariencia es entonces un principio general, indispensable para el buen funcionamiento del tráfico jurídico, y no una simple disfunción marginal entre hecho y derecho. El hecho aparente triunfa por encima de la estricta lógica jurídica. La confianza se afirma de una manera pragmática.

“...la buena fe protege a quien ha obrado en virtud de una apariencia engañosa. Aparece así la llamada teoría de la apariencia, cuya fórmula principal es el célebre adagio error communis facit jus. En su segundo sentido o significado la buena fe es sinónimo de probidad. Es la lealtad, honradez, rectitud del móvil en la celebración y ejecución de los actos jurídicos. Consecuencialmente es un criterio de interpretación. En este orden de ideas establece la ley que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligaciones o que por la pertenezcan a ella (artículo 1603 del C. C.)”²⁰.

¹⁹ <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/download/428/367/>

²⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-059 de 1997

3.7.Obligación de la preservación contractual

Finalmente, en este punto, pero no porque sea menos importante, debe mencionarse lo que la doctrina ha denominado la OBLIGACIÓN DE LA PRESERVACIÓN CONTRACTUAL.

Este lineamiento ha sido desarrollado como “*El debido proceso contractual*”, expuesto principalmente por el Profesor y Ex.Magistrado el Dr. William Namén cuando expone que existen parámetros a la libertad contractual para la terminación de contratos en procura del principio de la conservación contractual, por lo que una terminación unilateral deberá acatar y observar este principio, pues un cambio de comportamiento contractual faltaría al principio de la coherencia y al desconocimiento de actos propios.

El juez no puede ignorar la conducta de las partes durante la ejecución del contrato, sin protestas ni objeciones, pues igualmente se desconocería este principio que es desarrollo constitucional del principio de la buena fe del art 83 C.N. que involucra a los particulares, y al que tantas veces hemos hecho mención.

No dando la espalda a la realidad de los negocios, expone el citado doctrinante, es posible que en la vida contractual surjan momentos en los que, por influencia de terceras fuerzas, de cambios del mercado o de vicisitudes cualesquiera, los contratos se tornen inequitativos y hasta injustos, presentándose desequilibrio económico en el mismo, como se entiende existe, en opinión del Consejo de Estado cuando hay ruptura del equilibrio ...

“De otra parte, la ruptura del equilibrio económico constituye un supuesto pasible del ejercicio del medio de control contractual, es decir, con causa en el contrato bajo el cual una parte puede reclamar a la otra el mayor valor de las prestaciones ejecutadas en desarrollo del mismo, cuando se presenta una variación material en la ejecución de la fórmula financiera que gobernó el respectivo contrato.”²¹

Se ha definido el equilibrio financiero del contrato como “... *la relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes.*” ²².

Del contenido conceptual puesto de presente, debe entenderse que el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de contratar; en ese contexto

²¹ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 25000232600020100070801 (49970), Abr. 26 de 2018

²² MARIENHOFF, Miguel. “Contratos Administrativos Teoría General.” En tratado de Derecho Administrativo. Tomo III –A.4. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Pag. 469.

resulta evidente que dicha equivalencia puede verse afectada ora por factores externos a las partes que están llamados a encuadrarse dentro de la Teoría de la Imprevisión.

En el contrato de ejecución duradera, se plantea la cuestión de hasta qué punto debe el contratista soportar el riesgo económico no previsto y si el principio de *pacta sunt servanda* ha de ser mantenido a toda costa sin que sea posible modificar el contrato, pese a que el precio no constituya ya una justa contraprestación.

Desde el derecho romano, se ha entendido que en los contratos de tracto sucesivo existía implícitamente una cláusula por virtud de la cual el contrato se consideraba celebrado en consideración a cierto estado de cosas cuya alteración podía llevar consigo la modificación el contrato e incluso su resolución. (*contrasctus qui habent sucessivum vel dependentiam de futuro rebis sic stantibus intelliguntur*).

Si posteriormente esa base o fundamento negocial desaparece, se considera que las partes pueden pedir la resolución o la modificación del contrato.

Para estos casos es para los que el desarrollo legal ha contemplado mecanismos, tales como los contenidos en los artículos 868 del C.de Co²³, buscándose siempre la estabilidad contractual antes que las terminaciones unilaterales, máxime cuando ellas se puedan tornar de manera intempestiva, no concertada ni avisada, y se llegue por ese medio al terreno del Abuso del derecho, como a continuación se abordará en este laudo.

3.8 El abuso del derecho

Respecto a la teoría del abuso del derecho debe decirse que ésta nace como una figura resultante de la evolución del derecho que refleja la evolución de la vida social donde surgen nuevas instituciones, nuevas relaciones sociales y, por ende, nuevas relaciones jurídicas y nuevas concepciones de derecho.²⁴

Los tratadistas que han abordado este tema concuerdan en que la vida en sociedad impone la represión de la mala fe, del egoísmo y de actos, aun triviales, que origine una persona en el

²³ Artículo 868 C.de.Co . Revisión del contrato por circunstancias extraordinarias

Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

²⁴ El abuso del derecho, Enrique Cuentas Ormachea disponible en:
https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjA77u1q5LkAhWjq1kkHZjUDekQFjAAegQICRAC&url=https%3A%2F%2Fdiainet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5085322.pdf&usg=AOvVaw1YS_pp4vgnx7kFb-UXIEO

ejercicio de sus derechos y en detrimento de terceros. A esto añan la necesidad de un correctivo indispensable para conciliar los derechos del individuo con los de la sociedad.

La filosofía del derecho distingue dos fases en el fenómeno jurídico; la objetiva y la subjetiva, la primera incluye *“el conjunto de normas generales impuestas a la acción humana, en sus relaciones externas y apoyadas por la autoridad del estado, para garantizar los fines del individuo y de la sociedad”*. La segunda a su vez es el conjunto de facultades para ser o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establecen en favor del sujeto de derechos. Esto lo que nos conduce a pensar es que el ejercicio del derecho determina que los individuos sean, al mismo tiempo, sujetos activos y sujetos pasivos. El derecho y su ejercicio nos permite, pues, distinguir dos aspectos: a) Como atribución o facultad que corresponde a su titular, y, b) como la forma o modo como se hace uso de esa facultad. La noción del acto abusivo del derecho surge de esta distinción.

El abuso del derecho se presenta solo cuando se ejercita una facultad que nos confiere la ley. Por eso resulta más propio decir *“ejercicio abusivo del derecho”*. Para que esto sea más claro debe tenerse en cuenta que el ejercicio del derecho tiene una limitación objetiva y otra limitación subjetiva. Estas limitaciones se concretan inicialmente en que, en su ejercicio no se pueden sobrepasar los límites que la ley señala y, en segundo lugar, que el ejercicio del derecho debe perseguir una finalidad social o económica compatible con la razón y el fundamento de la norma que garantiza ese derecho.

Debemos entonces llegar a deducir que es cuando no se respetan esos límites, cuando se presenta un uso abusivo del derecho.

La determinación de la naturaleza del acto abusivo ha conducido a que se presenten en la doctrina diversos puntos de vista. Dentro de los aportes más significativos se encuentran los hechos por Marcel Planiol, que equipara el abuso del derecho con el acto ilícito, sosteniendo que si se excede el ejercicio del derecho el acto es ilícito y por ende el sujeto obra sin derecho; en otras palabras, que el derecho cesa donde el abuso comienza; y que, el acto abusivo, puesto que es ilícito, no puede importar al ejercicio de un derecho.

Frente a esta afirmación de Planiol se debe advertir que hay una diferencia entre uno y otro, como el hecho de que el acto ilícito importa a la ley, pues el que obra ilícitamente obra sin derecho o contra derecho, anotando que también el acto abusivo importa al ejercicio de un derecho, por parte del titular del mismo. También podemos apreciar que el acto ilícito implica dolo, culpa o negligencia como regla general, en cambio, para el caso donde se presenta el abuso, no es de su esencia la existencia de tales elementos, aunque la intención maliciosa es, a veces, elemento integrante del acto abusivo, ella está es siempre el elemento esencial en el acto ilícito.

Asimismo, el daño que produce el acto ilícito repercute en el tercero; en cambio, el daño que produce el abuso puede referirse a la misma persona o a la colectividad, como el caso del propietario que por propia voluntad no cultiva su terreno. Es por ello por lo que no puede afirmarse que el abuso del derecho y el acto ilícito son idénticos.

De igual forma se ha confundido el abuso del derecho con el “conflicto de derechos”, pues se afirma que en el abuso del derecho importa enfrentar un derecho con otro derecho, lo que lleva a que uno sea excluido por otro, que es calificado como de mayor valor. Otra vez debe afirmarse que su objeto no es el mismo, puesto que el conflicto de derechos surge con ocasión a que dos intereses jurídicamente protegidos se hallan en confrontación, mientras que en el acto de abuso no hay conflicto de derechos pues no se trata de contraponer un derecho frente a otro derecho para establecer cuál es el más importante o cual tiene más valor; en el abuso del derecho de lo que se trata es de establecer si el agente puede o no hacer uso de la facultad que le concede la ley cuando ese ejercicio afecta a un tercero o al grupo social, es decir si el agente puede o no ejercitar su facultad jurídica dentro de los límites legales.

El fundamento para reprimir el acto abusivo está en que ningún derecho es ilimitado, pues de ser así, no habría orden social posible. Aquel que tiene derechos frente a los demás integrantes de la sociedad, también tiene deberes para con ellos.

Los tratadistas con la intención de fundamentar el concepto de abuso del derecho, han propuesto diferentes hipótesis. Nos referiremos a las tres más importantes que son las que se fundan en la intención de dañar, la falta de interés serio y legítimo, la desviación del derecho de su función social.

La primera, propuesta por Josserand y Porcherot, en la que se alude a la intención de dañar se afirma que el abuso del derecho tiene como móvil el acto constituido por *“la intención de perjudicar”*. No interesa que esa intención sea el único móvil del acto o el motivo preponderante del mismo. Este criterio se apoya en que la garantía para ejercitar nuestro derecho no se nos otorga para que dañemos a otros; si lo hacemos estamos abusando de nuestro derecho.

Pero la crítica ha puesto de manifiesto la insuficiencia de este criterio ya que no ofrece un punto de vista seguro y claro para distinguir el abuso donde no lo hay. Como dice Planiol, *“la idea es generosa pero no responde a la realidad”*, pues a la vida social le importa un conflicto de intereses contrapuestos que el derecho trata de deslindar protegiendo a unos y negando su garantía a otros, de acuerdo con la organización social existente.

Por eso resulta difícil establecer si un acto se ha ejercitado con intención de dañar, ya que el mismo puede resultar dañino para unos y generoso para otros. Dice, además, Planiol, que está bien que la moral sienta como un deber la generosidad y el altruismo para los demás, pero el

jurista no puede escapar a la realidad social en la que los hombres se desenvuelven tratando de imponer su derecho unos a otros, perjudicando aquéllos a éstos. Se objeta este criterio porque importa una indagación algo agnóstica sobre los propósitos o intenciones de quien ejercita un derecho para saber si lo hace con la intención de perjudicar a terceros.

El jurista Lino Cornejo respalda esta objeción manifestando que no es posible penetrar en la región turbada del alma para averiguar la intención con que ha ejercitado su derecho la gente. En derecho, a nadie se le puede pedir cuenta de los móviles que lo impelen a ejercer su derecho. Sería difícil conseguir que la gente confiese que obró con la intención de dañar, ya que siempre le será posible alegar en su descargo algún interés particular. Se agrega a estos puntos de vista que sería sumamente peligroso dar al juez la facultad de practicar esta investigación de carácter psicológico, ya que pueden derivarse de ella incertidumbre, inseguridades, y, consecuentemente, injusticias.

Por todo lo expuesto se considera que el criterio relacionado con "la intención de dañar" debe ser superado por resultar inseguro e ineficaz, cuando de abuso del derecho se trata, toda vez que esa intención de daño debe ser tomada en cuenta para la evaluación y examen de otro tipo de figuras jurídicas, v.gr. la causa ilícita.

Una segunda teoría fue la propuesta por el tratadista Raymundo Salelles, y en esta incluye un criterio donde se califica si él titular del derecho actúa, o no, con falta de un interés serio y legítimo. Este criterio se crea bajo el supuesto de que *"Un acto cuyo efecto sólo puede ser el perjuicio a otro, sin un interés serio y legítimo para quien ejercita su derecho, jamás constituirá uso lícito de ese derecho"*.

Las objeciones que se formulan a esta tesis son principalmente que ella no prescinde de adoptar una concepción primordialmente subjetiva, pues la medida de la utilidad de un acto está en relación al interés que tenga el sujeto que lo ejercita, por lo que Josserand la tachó como una fórmula utilitaria; asimismo debe considerarse que la fórmula es bastante vaga puesto que es difícil, en cada caso concreto, establecer cuándo un interés pueda ser tachado de ilegítimo y falto de seriedad; además resultaría ineficaz, ya que a cualquier sujeto le será fácil alegar un interés como móvil de su acto tachado como abusivo.

Esta fórmula, evidentemente, es más aceptable que la primera. Si bien el elemento "intención de dañar" no deja de funcionar, pero ya no es el elemento decisivo, pues "la falta de interés" es el que pasa al primer plano, quedando la intención de dañar como elemento subsidiario. Si bien no da un concepto preciso de que el abuso del derecho contiene un elemento que unido al de la "intención de dañar", fue utilizado por Rippert para definir el acto abusivo como un *"acto normal, en apariencia, pero realizado sin un fin útil y con intención de dañar"* por lo que considerado como anormal *"suscita la responsabilidad de su autor a pesar de su legalidad objetiva"*.

La tercera y última teoría en analizar será la que ha considerado el Abuso del Derecho como una desviación de la función social. Esta última se basa en el criterio de León Duguit que tratando de eludir toda concepción abstracta y metafísica pretendió aplicar un método estrictamente positivo a la ciencia jurídica, negando él la existencia del derecho subjetivo por ser un concepto individualista y puramente metafísico contrario a la realidad de los hechos sociales y jurídicos.

Josserand, citando a Duguit, en relación a este fundamento del abuso del derecho, dice que *"en una sociedad organizada los pretendidos derechos subjetivos son derechos con funciones; y deben mantenerse en el plano de la función a que corresponden; en caso contrario, su titular comete una desviación, un abuso del derecho o sea que el acto abusivo es el acto contrario al fin de la institución, a su espíritu y a su finalidad"*.

Duguit fundamenta el derecho como función social manifestando que el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco los tiene, pero todo hombre, en la sociedad, tiene cierta función que cumplir, cierta tarea que ejecutar y esto es, precisamente, el fundamento de la regla que se impone a todo; de donde resulta que todos los actos contrarios a esa función del individuo son socialmente reprimidos y los actos encaminados al cumplimiento de esa función son socialmente protegidos. El fundamento de la norma descansa en la necesidad de mantener coherentes los diferentes elementos sociales, lo que se consigue con el cumplimiento de la función social que le corresponde a cada individuo o cada grupo.

Los tratadistas franceses Henry y León Mazeaud objetan este criterio, opinando que, si se le constriñe a un juez a determinar la función social de un derecho cualquiera, deberá salir de los dominios del Derecho para caer en los de la política. Dicen ellos: *"He aquí el peligro del criterio: ¿se hace un socialista la misma concepción del fin con que se ha concedido el derecho de propiedad que un adversario de Karl Marx? Evidentemente no. Es cierto que defender la doctrina del fin social de los derechos de ninguna manera significa inclinarse hacia el socialismo, pero importa constreñir a los jueces a contemplar el problema de la responsabilidad desde el ángulo de la política"*. Se dice también, que una tesis de esta especie entraría en conflicto con el positivismo que contempla al derecho como una función social, en lugar de considerarlo como una facultad o poder de los individuos, lo que puede llevar al extremo de negar los derechos subjetivos.

En resumen, frente a la diversidad de criterios para explicar el fundamento del acto abusivo, debemos tomar los elementos más adecuados para ofrecer un enfoque correcto. Incluso dentro de las diferentes propuestas hay puntos comunes en todos, como lo son que el que ejercita su derecho de un modo socialmente reprobado y se causa un daño a otro, está obligado a sufrir las consecuencias de su ejercicio abusivo.

La institución del abuso del derecho, pues, se encuentra regulada en el artículo 95 de la Constitución Política y en el artículo 830 del Código de Comercio. Sin embargo, el segundo se limita a establecer que quien abuse de sus derechos en perjuicio de terceros deberá indemnizar los daños que cause a estos mediante el ejercicio de su conducta, pero no aporta definición alguna del concepto “abusar de sus derechos”.

Debido a lo anterior, ha sido a través de la jurisprudencia y la doctrina que se ha construido la teoría del abuso del derecho, incluyendo los presupuestos de la responsabilidad por el ejercicio abusivo de un derecho.

Es importante entonces poder determinar cuándo se incurre en este ejercicio, y la responsabilidad civil que puede surgir de dicha conducta:

1. ¿Cuándo existe un abuso del derecho?

La jurisprudencia y la doctrina han determinado que existe abuso del derecho cuando determinada actuación u omisión de un agente, en principio acorde con el ejercicio de un derecho subjetivo, obedece a un ejercicio culposos o doloso del derecho; o cuando resulta desviada del objeto y finalidad que la Ley establece para dicho derecho, y cuyo ejercicio vulnera derechos de terceros.

2. ¿Es necesario probar que quien incurre en un abuso del derecho actuó con culpa o dolo?

Aunque es posible acudir a criterios subjetivos -culpa o dolo- para demostrar la existencia de un abuso del derecho, la Corte Suprema de Justicia determinó que también es procedente acudir a criterios objetivos para esta determinación. En consecuencia, si el ejercicio de un derecho resulta excesivo o anormal respecto de la finalidad prevista en la Ley, y si su ejercicio vulnera el derecho de terceros, habrá un abuso del derecho sin importar los motivos de quien lo ejerce.

Así las cosas, la responsabilidad por abuso del derecho es eminentemente objetiva.

3. ¿Qué requisitos se deben cumplir para que se configure la responsabilidad civil en cabeza de quien abusa de un derecho?

En el contexto de la responsabilidad civil, no basta con que la conducta de determinado agente constituya un abuso del derecho, sino que además quien alega haberse visto damnificado por dicha conducta debe haber sufrido un daño cierto, y debe existir un nexo causal entre el daño sufrido y la conducta imputada al agente por concepto de abuso del derecho.

4. ¿Una acción de responsabilidad por abuso del derecho es eminentemente extracontractual?

La Corte Suprema de Justicia ha afirmado que la teoría del abuso del derecho no surge necesariamente de un hecho ilícito, pues un agente determinado puede abusar de sus derechos emanados de un negocio jurídico, por lo que también puede presentarse en el ámbito contractual.

En virtud de lo anteriormente expuesto, es importante resaltar que el abuso del derecho puede dar lugar a responsabilidad civil objetiva en el ámbito contractual o extracontractual, por lo que es importante revisar que el ejercicio de derechos subjetivos se encuentre acorde con la finalidad que la Ley prevé para estos.²⁵

Esta figura que tiene su origen principalmente en las relaciones de derecho privado, como ya lo dijimos, y es por esa razón que sus primeras definiciones se encuentran formuladas por doctrinantes de esta área del Derecho, que esquemáticamente las han así expuesto:

Louis Josserand afirma lo siguiente: *"cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social comete una culpa, delictual o cuasidelictual, un abuso del derecho susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad"*²⁶

Por su parte, Marcel Planiol señala que *"el ejercicio abusivo de los derechos, es una "logomaquia"; porque no atiende al fondo del asunto y porque cuando se ejercita un derecho, el acto es lícito, y cuando el acto es ilícito es porque se excede un derecho y porque precisamente se obra sin derecho, no hay entonces que dejarse confundir por las palabras, "el derecho cesa cuando el abuso comienza", y no puede haber ejercicio abusivo de ningún derecho, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez conforme al derecho y contrario a este"*.²⁷

Arturo Valencia Zea se adhiere a la concepción funcional del derecho para, desde este punto de vista, justificar la teoría del abuso así: *"Los derechos subjetivos de los particulares, tanto en su existencia como en su ejercicio, obedecen a una orientación determinada y de esos derechos se abusa cuando existiendo el deber de ejercerlos no se ejercen, o se ejercen en sentido opuesto a su propio destino o contenido"*.²⁸

²⁵ Reflexiones con base en <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/responsabilidad-civil-por-el-ejercicio-abusivo-del-derecho-2374626>

²⁶ Josserand, Louis, "Del Abuso del Derecho y Otros Ensayos", Temis, 1999, pp. 5.

²⁷ Ripert George y Planiol Marcel, "Tratado práctico del derecho civil francés", La Habana (Cuba), Editorial. Cultural, 1936, p. 787.

²⁸ Valencia Zea, Arturo, "Derecho Civil de las Obligaciones", Tomo III, Bogotá, Editorial. Temis, 1998, p. 304.

En estas teorías también se discute cuál es el efecto de actuar al margen de la finalidad y sentido del ejercicio legítimo de un derecho; al respecto, los hermanos Mazeud y Andre Tunc advierten que *"el abuso de un derecho es una culpa cometida en el ejercicio de ese derecho. Esa culpa puede consistir en una intención de perjudicar, en cuyo caso hay culpa delictual. También puede resultar igualmente de una simple imprudencia o negligencia, caso en el cual existe culpa cuasidelictual. La necesidad de aplicarle al abuso del derecho los principios generales de la responsabilidad surge también si se observa que su ejercicio de la libertad por el hombre está subordinado a las reglas de la responsabilidad y que es imposible, en realidad, oponer ejercicio de un derecho y de una libertad"*.²⁹

Descendiendo al ordenamiento colombiano, la figura del abuso del derecho se encuentra, dijimos, reconocida en el artículo 95 de la Constitución Política, el cual en su numeral primero dispone que son deberes del ciudadano *"respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios"*.

Así mismo, en el Código Civil se hace referencia al abuso del derecho cuando se consagra el ejercicio legítimo del derecho a la propiedad (artículo 669) y en las disposiciones atinentes al tema de la responsabilidad (artículos 2341, 2343, 2356, entre otros).

El Código de Comercio, por su parte, en su artículo 830 señala también que *"El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause"*.

Es justo acudir entonces a la jurisprudencia de las Altas Cortes para comprender el alcance de la figura dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia, ha aplicado el concepto de abuso del derecho en diversos casos relativos, por ejemplo, a relaciones de vecindad, embargos en exceso de los bienes del deudor, formulación temeraria de denuncias penales, insistencia en el secuestro de bienes que no pertenecen al ejecutado, abuso de la posición dominante en una relación jurídica y abuso del derecho a litigar, entre otros.

Dicha Corporación también ha explicado en relación con esta regla:

*... " el abuso del derecho, la legislación contemporánea se divide en tres categorías: (i) absolutistas, (ii) liberales y (iii) finalistas. La categoría liberal, es la que permite estructurar la teoría del ejercicio anormal de los derechos y la legislación colombiana está condicionada a esta categoría; por lo tanto, es erróneo afirmar, que el acto abusivo es simplemente una extralimitación del derecho que coloca a aquel bajo las apariencias de este, porque no puede comprometer su responsabilidad quien usa de su derecho"*³⁰

²⁹ Mazeud Henri, León y Tunc Andre, "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", Santiago Sentis Melendo (Traducción), Buenos Aires, Edición. Europa-América, 1993, pp. 238 y 239.

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de agosto de 1937, magistrado ponente, Juan Francisco Mujica.

Por otra parte, al interpretar el artículo 830 del Código de Comercio, disposición que por excelencia acoge la regla del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Suprema señaló el alcance de la figura así:

"(...) los derechos deben ejercerse en consonancia con los fines que les son propios, fines que están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana, y en virtud de los cuales el derecho objetivo los regula y tutela. Mas, en cuanto postulado esencial del derecho, carácter que muy pocos se atreven a disputarle, trasciende del ámbito meramente extracontractual al cual se quiso restringir, para orientar, por el contrario, toda actividad humana amparada por el ordenamiento jurídico, de modo que, inclusive, el artículo 95 de la Constitución Política Colombiana lo considera uno de los deberes "de la persona y del ciudadano", amén que manifestaciones del mismo pueden percibirse en el derecho público en la medida en que éste reprime el ejercicio arbitrario del poder o su desviación.

*Así, pues, es preciso destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo"*³¹

Por otra parte, en cuanto a la calificación de un acto como abusivo, la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha afirmado que es decisión del fallador, conforme a la intención que se observe y/o los efectos de la misma conducta, determinar las sanciones que correspondan:

"Así, se ha señalado que tanto el dolo o deseo de causar daño, como la culpa, los límites objetivos del derecho del que se pregona su abuso, el fin económico y social de la norma que consagra el derecho, y hasta la moral social contemporánea han sido puestas como guías o pautas para aplicar la teoría del abuso de los derechos, sobre la base de la relatividad de los mismos. En suma, se le ha dejado al recto y sano criterio del fallador la configuración en un determinado caso de conductas que puedan ser calificadas de abusivas.

Pero este aserto no se extiende hasta la determinación de la existencia y cuantía del perjuicio inferido por actos abusivos, pues si bien el derecho a la reparación de los daños debe estar sustentado en la existencia del abuso como causa generatriz

³¹Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 9 de agosto de 2000, Magistrado Ponente Dr. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. Exp. 5372.

de responsabilidad, también es lo cierto que la condena a pagar los perjuicios causados por el mismo debe ir precedida tanto de la comprobación de que ese abuso ocasionó un perjuicio bien por daño emergente o lucro cesante o ya por daños extrapatrimoniales".³²

De otro lado, la Corte Constitucional analizó la figura desde una perspectiva del derecho privado. En la Sentencia T-511 de 1993 señaló que la Constitución Política consagra una manera de equilibrar la ponderación de garantías fundamentales y constitucionales para que no se vean comprometidos derechos de igual, mayor o menor jerarquía. En sus palabras, precisó:

"El numeral 1º del artículo citado [art. 95 C.N] establece el deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. La teoría del abuso del derecho, desarrollada en el derecho privado y acogida jurisprudencialmente en Colombia, incorporada al plano constitucional, no sólo se limita a excluir de la protección del ordenamiento jurídico la intención dañina que no reporta provecho alguno para quien ejerce anormalmente sus derechos en perjuicio de un tercero sino que, además, consagra una fórmula de "equilibrio" en materia de ponderación de los derechos constitucionales, de manera que su ejercicio no comprometa derechos de igual o mayor jerarquía. En otros términos, en el artículo 95 de la Carta Política subyace un principio fundamental del ordenamiento jurídico que hace imperioso el ejercicio razonable de los derechos constitucionales". (Resaltas fuera)

Esta Corporación también adujo que uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho es *"asegurar la convivencia, la igualdad y la libertad dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, social y económico justo"*, lo cual no se puede lograr sin que los particulares participen activamente, teniendo en cuenta que son los responsables de violar la Constitución y las leyes, y además de abusar de sus derechos. Finalmente, se concluyó que:

*"(...) el abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural del derecho, **independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros.***

El artículo 95 de la CP se refiere exclusivamente a derechos y deberes constitucionales que son la materia a la que se contrae la obra del Constituyente, sin perjuicio de que la interdicción del abuso del derecho sea un principio general del ordenamiento. La norma que ordena "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios" (num. 1), es un desarrollo concreto de la precedente prescripción

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia del 1º de abril de 2003. Magistrado Ponente Dr. Jorge Santos Ballesteros. Exp. 6499.

que se contiene en la misma disposición: "El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades"

Complementó la Corte, en la Sentencia T-017 de 1995 señaló lo siguiente:

*"Insiste la Corte en que el respeto al orden instituido debe estar acompañado del razonable uso de los derechos que se tienen a la luz del sistema jurídico. **El abuso del derecho, aunque éste se halle amparado formalmente en una norma jurídica, no legitima la conducta de quien actúa en perjuicio de la colectividad o afectando los derechos ajenos. De allí que el artículo 95 de la Constitución establezca, como primer deber de la persona y del ciudadano, el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios**". (Resaltas fuera)*

Luego finalizó concluyendo que:

... "la Corte ha tenido ocasión de referirse a los dos extremos del problema planteado, advirtiendo siempre que todo derecho lleva consigo contraprestaciones y cargas que le quitan su carácter absoluto, tal como se desprende de lo estatuido en el artículo 95 de la Constitución Política, según el cual el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella implica responsabilidades, siendo claro que el primer deber de toda persona consiste en "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios"

Finalmente, incluso la Corte ha precisado que el abuso de los derechos puede dar lugar a la vulneración de derechos fundamentales, y tal situación puede conducir al amparo del juez de tutela, como acaeció con la expedición de la Sentencia T-303 de 1993, cuando la Corte consideró que es un abuso del derecho de las administradoras de datos personales financieros conservar los datos negativos de un deudor indefinidamente y que tal abuso constituye una vulneración del derecho al habeas data del usuario del sistema financiero.

De lo anterior se concluye que, en términos generales, comete abuso del derecho: (i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) **quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico;** (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e irrazonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue.

Como se ve, en la legislación colombiana principios generales de derecho, modernamente han sido entendidos como una norma a la cual pueden recurrir los administradores de justicia en todos aquellos eventos en que no haya norma aplicable al caso. Según la jurisprudencia de la

Corte Suprema de Justicia, estas normas sirven al propósito de crear, integrar, interpretar y adaptar todo el ordenamiento jurídico, ello, debido a que al ser el derecho un producto social integrado por reglas y principios, siempre se requerirá de criterios auxiliares a los cuales los falladores puedan recurrir en todos aquellos eventos en que no exista regla aplicable al caso, como lo previó el legislador colombiano del año 1887 con la Ley 153 en su artículo 8°, y como bien lo entendió la Corte Suprema de Justicia en forma decidida a partir de 1935 con su postura de jurisprudencia creativa, al reconocer una gama de principios como el abuso del derecho, enriquecimiento sin justa causa, error común, fraude a la ley, imprevisión de los contratos y la buena fe.

En torno al principio del abuso del derecho, fue reconocido como un principio tendiente a restringir el ejercicio absoluto de los derechos subjetivos, si se tiene en cuenta que a la luz del liberalismo individualista imperante en la legislación patria, no había restricción al uso arbitrario de los propios derechos. Esto condujo a que durante la década de los treinta la Corte Suprema a través, de su jurisprudencia creativa, lograra reconocer una serie de principios o criterios auxiliares que ya estaban siendo implementados y reconocidos en otras legislaciones como la francesa.

El abuso en Colombia se constituye entonces como una fuente a la cual se puede recurrir cuando se ejercen los derechos subjetivos con el ánimo de ocasionar un perjuicio, obrando intencionalmente, de manera culposa o contraria al espíritu que guía cada derecho, así como también cuando en forma abusiva se ejercen los derechos fundamentales o se interponen las acciones de orden constitucional con el ánimo de ocasionar un agravio, actuando de manera temeraria.

En el desarrollo de múltiples sentencias se puede apreciar, cómo la Corte Suprema de Justicia va decantando de los postulados sugeridos por la doctrina los criterios útiles para determinar la existencia del abuso del derecho en los diferentes escenarios que se presentan, lo que hace que en principio se tenga un criterio uniforme, sobre los elementos constitutivos de un ejercicio abusivo del derecho.

Los elementos son:

1. El ejercicio de un derecho subjetivo mediante una conducta permitida por el ordenamiento jurídico.
2. Que ese ejercicio se haga con fines contrarios a los de la norma.
3. Que cause un perjuicio a un tercero.
4. Que el autor del abuso debe reparar el daño patrimonial que cause.³³

³³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SU SALA DE CASACION CIVIL FAMILIA Y AGRARIA en Sentencia del 21 de febrero de 1938- MP: Arturo Tapias Pilonieta

"La teoría del abuso de los derechos tan admirablemente sistematizada por el mismo Josserand (...) da testimonio inequívoco del desarrollo actual del concepto de la responsabilidad.

A la antigua concepción rígida de los derechos individuales, opónese hoy la teoría de su relatividad, que conduce a admitir el posible abuso de los derechos, aun de los más sagrados. Según esta teoría, cada uno de los derechos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir; cada uno de ellos persigue un fin del cual no se es dable desviarse a su titular. Los derechos son dados para la sociedad, a la

cual sirven, más que al individuo; por lo tanto no son absolutos si no relativos; deben pues ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira; no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación. Vanamente alegarse que se ha utilizado un derecho; por que habiéndose cometido una falta en el ejercicio de ese derecho, tal falta es precisamente lo que causa el abuso del derecho, es decir, el acto cumplido como enseña Josserand, conforme a determinado derecho subjetivo, pero que está en conflicto con el derecho en general o derecho objetivo, con lo que él y otros actores llaman la juridicidad, o conjunto de la regla social.

De esta manera el antiguo adagio latino: *neminem laedit qui jure suo utitur*, que tomado en sentido absoluto aparenta ser la expresión del buen sentido, no significa más que esto: "El que ejercita su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que pueda causar a otro."

(...) el abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquiliana; por ende en el abuso puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, *animus nocendi*, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada.

(...) para que haya abuso del derecho – dicen los citados Colin y Capitant – no es indispensable que el autor del daño causado a otro tenga la intención de dañar, el *animus nocendi*. Basta con que pueda encontrarse en su conducta la falta de precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente le hubiera inspirado" y ponen como ejemplo entre otros, el empleo de procedimiento ejecutivo especialmente rigurosos por un acreedor contra su deudor, cuando estas medidas estén en manifiesta desproporción con el fin que se busca. Aquí ya no habría la intención perversa de arruinar al deudor, sino la falta de precauciones en no causar más daño que el indispensable dentro de los justos límites del cobro coactivo del crédito.

"Para que una perfecta irresponsabilidad – escribía mucho tiempo antes Iarombiere garantice el ejercicio de un derecho, hay que ejercitarlo prudentemente, con las precauciones ordinarias, sin abusar y sin exceder los justos límites."

Josserand (...) decía: "Para los romanos el acto abusivo era únicamente aquel que había sido cumplido con intención de daño. El derecho moderno, y especialmente el derecho actual hace del abuso una idea mucho más comprensiva; es abusivo todo acto que, por sus móviles y por su fin, es opuesto a la destinación, a la función del derecho en ejercicio; al criterio puramente intencional tiende a sustituir un criterio funcional, deducido del espíritu del derecho, de la función que ha sido asignada. Cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual o cuasi delictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad."

De consiguiente el criterio rígidamente intencional, inspirador de la sentencia acusada, y que no es siquiera el preconizado científicamente por Ripert, para quien la intención dañada de perjudicar la intención dañada de perjudicar se manifiesta por la falta de un interés serio y legítimo en el ejercicio por su titular de tal o cual derecho. Además del criterio del móvil dañado, expuesto en la teoría de Ripert, la ciencia señala otros criterios, destinados a auxiliar al juzgador en cada caso: el técnico (falta en la ejecución o ejercicio del derecho); el económico (ausencia de interés legítimo); y el funcional o finalista (desviación del derecho de su función social)."

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE CASACION CIVIL FAMILIA Y AGRARIO. Sentencia del 24 de marzo de 1939 – MP: Ricardo Hinestrosa Daza.

El abuso del derecho y el fraude a la ley tiene muchos puntos de contacto. En todo abuso del derecho hay un fraude a la ley que lo establece y garantiza y en toda violación indirecta de la ley hay un abuso del derecho respectivo.

La noción de abuso del derecho implica una culpa en su ejercicio y en rigor de verdad en esto consiste. Si se opta por el criterio de subjetividad es en la intención de dañar en donde puede encontrarse; si se da prevalentemente al criterio objetivo, es la anormalidad de ese ejercicio lo que lo determina.

La primitiva teoría del *Fraus Legi* entre los romanos ha sido sólidamente establecida en la jurisprudencia universal. En lo general no se viola la ley con el propósito de violarla, sino con el de lograr fines distintos para los cuales la violación es solo un medio; pero esta consideración no se opone al concepto de fraude. En otras palabras: puede haber aquel propósito y buscarse por sí mismo; pero no es necesario que lo haya para que el fenómeno se produzca y generalmente no lo hay. Del propio modo, si en lo general ese fraude daña a terceros, este elemento tampoco es necesario para que se produzca.

(...) Sobre estos dos fenómenos jurídicos, abuso del derecho y fraude a la ley, se ha alegado y razonado insistentemente a lo largo del litigio, del que puede decirse constituyen el tema esencial. Esos dos fenómenos tienen tantos puntos de contacto y tal afinidad, que aunque hay autores que se preguntan si no son uno mismo, y diferentes sólo los puntos de vista desde los cuales se les considera, pues en todo abuso del derecho hay un fraude a la ley que lo establece y garantiza y en toda violación indirecta de ésta hay un abuso del derecho respectivo. Cuanto al abuso, se niegan a aceptarlo los que sostienen que el derecho es absoluto: qui suo jure utitur *neminem laedit*. El concepto contrario prevalece con más fuerza cada día. En el mismo derecho romano (...) Cada día se ha ido hallando más claramente que con dañada intención o sin ella el titular de un derecho puede ejercitarlo innecesaria, o excesiva o inoportunamente y aun desviarlo de su finalidad efectiva. En todos estos casos ésta se yergue para darle una voz de alto a ese abuso en guarda de sí misma y, por ende, del interés social, ya que el establecimiento de los derechos, los individuales inclusive, y su respaldo por él; Estado no pueden descuidar ni dejar de tener presente a todo momento el bien de la sociedad, a la que no puede ser indiferente el que el individuo la dañe y la que no puede ejercer su propia misión de garantía en forma de emplear sus fuerzas en dañarse a sí misma, como lo haría si no limitara o vedara el mal que en cualquiera de las formas aludidas cause alguien tan sólo ejerciendo un derecho, sin que se pudiera, por esto sólo, inquirir y discriminar si lo está ejerciendo legítima y normalmente.

Algunos autores no admiten la noción de abuso, no ya rigiéndose por el criterio subjetivo y la calidad de absoluto del derecho, sino porque atienden ante todo a las limitaciones establecidas en razón de los derechos ajenos que también deben respetarse y que con aquél pueden ser cercenados o invadidos. De ahí que propongan como preferible la expresión conflictos de derechos. Aquella de abuso del derecho algunos la tachan de absurda y contradictoria y, como es bien sabido, Planiol llegó a calificarla de logomaquia. Atendiendo al modo de producirse y a sus consecuencias, se impone reconocer que el abuso del derecho implica o significa culpa en su ejercicio y que en rigor de verdad en esto consiste. Si se opta por el criterio de subjetividad, es en la intención de dañar en donde puede encontrarse; si se da prevalencia al criterio objetivo, es la anormalidad de ese ejercicio el que lo determina. Hay autores como Beudant que, aun permaneciendo en un terreno puramente subjetivo, encuentran sin embargo abuso; no sólo cuando se ejercita un derecho únicamente con intención de dañar, sino también cuando en su ejercicio se causa un daño porque se incurre en negligencia o imprudencia que un hombre diligente colocado en las mismas condiciones no habría cometido. La fórmula finalista que expresó Josserand estudiando los transportes: "Los derechos son prerrogativas causadas en su origen y por consiguiente limitadas en su existencia; no podrían ejercerse con fin distinto de aquél para el cual los ha reconocido el legislador" (...) Conocido es también el principio sentado por Colin y Capitant: "Es una regla consagrada, no por la ley escrita, sino por la costumbre, la cual tiene fuerza de ley en cuanto controla y regula la aplicación de los textos positivos, que los derechos pertenecientes a los particulares deben

ejercerse sin exceso, según su destinación natural y de una manera normal, habida consideración del estado general de las costumbres y de las relaciones sociales".

Ciertas observaciones de Duguit se han comentado en el sentido de que la teoría del abuso del derecho, encaminándose sobre todo a la socialización de éste y tendiendo a subordinar al interés social el ejercicio de todo derecho subjetivo, dejaría de tener utilidad u objeto y aun razón de ser el día que se comprendiera que no hay derechos subjetivos sino simples funciones sociales, porque entonces ese nuevo sistema jurídico que niega los derechos subjetivos impediría hasta pensar en aquel efecto suprimiéndole la causa. Así comenta M. Campión (...) Si, como de paso se dijo al historiar este fenómeno abuso del derecho y rastrear sus orígenes, se les halla en el mismo derecho romano, lo que hace ver que no se trata de creación de última hora, sí es de reconocerse el desarrollo. (...) Aceptada la noción de abuso, ocurren dudas en muchos casos sobre si en verdad se está abusando de un derecho efectivo o si es que el titular de un derecho está ejerciendo como derecho algo que no corresponde."

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACION CIVIL FAMILIA Y AGRARIA. Sentencia del 28 de septiembre de 1953 – MP: Alfonso Márquez Páez

"Con la teoría del abuso del derecho de litigar (...) se persigue la sanción de quien pretendiendo tener el derecho de acudir a la justicia para solucionar sus problemas civiles, o desvía ese derecho de su verdadera finalidad, o lo ejercita con el primordial propósito de causar daño a un tercero, o simplemente sin el cuidado y prudencia que ordinariamente emplea en sus negocios una persona avisada. Por ello, distintos fundamentos le han dado los tratadistas a la teoría: unos, guiándose por un criterio eminentemente subjetivo, buscan ante todo el móvil del recurso ante la justicia; si el móvil es torcido, malévolo o nocivo, habrá abuso del derecho en estudio, aunque aparezca que tan sólo se está usando de una facultad reconocida por la Ley. Otros, inspirados en un criterio objetivo, se atienen exclusivamente al fin social del derecho, y encuentran el abuso del derecho a las vías legales cuando al ejercitarlo hay apartamiento del fin social y económico del mismo por falta de interés serio y legítimo, con el consecuencial resultado de causar daño a terceros. Otros, en fin, ven en el aludido fenómeno. Una culpa cometida en el ejercicio del derecho, que puede ser intencional o simplemente cuasi-delictuosa, sin pararse a indagar el fin social del derecho en ejercicio: Los hermanos Mazeaud, que pertenecen a este último grupo, dicen que quienes propugnan su tesis "nada han creado que no estuviera ya contenido en el Código (Civil); pero han descubierto la riqueza de ese contenido". Como lo anota Josserand (De l'Esprit des Droits et de leur Relativité, números 59 y ss.), las dos Salas o Cámaras que forman la Corte Suprema de Francia no tienen el mismo criterio respecto del fundamento de la teoría en estudio: la Iª Cámara Civil ha sentado la tesis de que el ejercicio del derecho de accionar ante la justicia "no podría llegar a ser culposo sino en tanto constituya un acto de malicia o de mala fe, o por lo menos un acto de error grosero equivalente al dolo" (tesis ésta que propugna el Tribunal de Bogotá); al paso que la Chambre de réquêtes de la misma Corte cree que sobran estas intenciones y esta clase de error para caracterizar el abuso mencionado. El fundamento de la teoría para esta Cámara de la Corte francesa radica en la idea de simple culpa o error de conducta cometido por el litigante, con la explicación de que "si, en tesis general, la parte victoriosa no puede obtener contra su adversario sino los gastos de instancia, sucede otra cosa cuando las gestiones de éste constituyen una culpa causante de perjuicio". Esta teoría tiene el respaldo de juristas tan universalmente acatados como Beudant, Colin y Capitant. El primero, aunque muestra sus preferencias por la doctrina eminentemente subjetiva o intencional, reconoce sin embargo, que hay abuso del derecho "no sólo cuando se ejercita un derecho únicamente con intención de dañar, sino también cuando en su ejercicio se causa un daño porque se incurre en negligencia o imprudencia que un hombre diligente colocado en las mismas condiciones no habría cometido". Colin y Capitant, por su parte, han dicho: "Es una regla consagrada, no por la ley escrita, sino por la costumbre, la cual tiene fuerza de ley en cuanto controla y regula la aplicación de los textos. Positivos, que los derechos pertenecientes a los particulares deben ejercerse sin exceso, según su destinación natural y de una manera normal, habida consideración del estado general de las costumbres y de las relaciones sociales".

(...) Al abuso del derecho de litigar, esta Corte ha acogido el criterio de la simple culpa como causa generadora de responsabilidad por daños extra-procesales, sin excluir, desde luego, la apreciación de la culpa grave. "El abuso del derecho ha dicho constituye una especie particular de la culpa aquiliana; por ende, en el abuso puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede por la intención de causar daño, animus nocendi, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada.

(...) la ciencia señala otros criterios destinados a auxiliar al juzgador en cada caso: el técnico (falta de ejecución o ejercicio del derecho); el económico (la ausencia de interés legítimo) y el funcional o penalista (desviación del derecho de su función social)".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACION CIVIL, FAMILIA, AGRARIA. Sentencia del 6 de julio de 1955 – MP: Manuel Barrera Parra.

(...) La teoría del abuso, del derecho ha sido admitida y sostenida por la Corte de manera uniforme en reiterados fallos de casación, al punto de constituir doctrina incorporada definitivamente en la jurisprudencia nacional.

(...) La jurisprudencia de la Corte ha consagrado la doctrina del abuso del derecho, con fundamento en el artículo 2341 del C. C., como una forma especial de responsabilidad por culpa aquiliana, en lo cual se sigue la misma trayectoria de la jurisprudencia francesa. Ha dicho la Corte: "La teoría del abuso de los derechos tan admirablemente sistematizada por el mismo Josserand en su obra (...) da testimonio inequívoco del desarrollo actual del concepto de la responsabilidad. "A la antigua concepción rígida de los derechos individuales, opónese hoy la teoría de su relatividad, que conduce a admitir el posible abuso de los derechos, aún de los más sagrados. Según esta teoría, cada uno de los derechos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir; cada uno de ellos persigue un fin del cual no le es dable desviarse a su titular. Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo; por lo tanto no son absolutos sino relativos; deben pues ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira; no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esta desviación. Vanamente alegándose que se ha utilizado un derecho; porque habiéndose cometido una falta en el ejercicio de ese derecho, tal falta es precisamente lo que causa el abuso del derecho, es decir, el acto cumplido como enseña Josserand, conforme a determinado derecho subjetivo, pero que está en conflicto con el derecho en general o derecho objetivo, con lo que él y otros actores llaman la juridicidad, o conjunto de la regla social. "De esta manera el antiguo adagio latino: neminem laedit qui jure suo utitur, que tomando en un sentido absoluto aparenta ser la expresión del buen sentido, no significa más que esto "El que ejercita su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que pueda causar, a otro" "Comprendida de este modo, la vieja regla romana agregan Colin y Capitant lejos de tener el contenido antisocial que se le ha atribuido, aparece, por el contrario, como útil y beneficiosa. Garantiza al hombre la esfera de independencia, de irresponsabilidad, de que necesita. En efecto, el ejercicio concurrente de sus derechos que los hombres hacen al mismo tiempo, no deja de causarles alguna molestia, algunas veces hasta cierto daño. Es preciso que se pague por la vida en sociedad. De este daño no será el hombre responsable desde el momento en que haya tomado todas las precauciones dictadas por la prudencia, en qué" haya dado pruebas de la diligencia normal que se puede y se debe exigir de él". "Comprendido así, el abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquiliana; por ende, en el abuso puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño animus nocendi, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada.

El anterior planteamiento permite entender que, a la luz de la Constitución de Colombia de 1991, el abuso del derecho adquiere un espectro mucho más amplio que el que se venía dando conforme a los criterios que la Corte Suprema había forjado desde los años treinta; el criterio funcional, el intencional y el de la culpa. En la nueva Carta, el abuso adquiere un rango de orden constitucional, como se reconoce en el artículo 95, hecho que representa que en cualquier área del derecho se le tiene que dar aplicación, so pena de ir contra las máximas de

(...) Para que haya abuso del derecho dicen los citados Colin y Capitant no es indispensable que el autor del daño causado a otro tenga la intención de dañar, el, animus nocendi. Basta con que pueda encontrarse en su conducta la falta de precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente le hubiera inspirado".

"De consiguiente es incompleto el criterio rígidamente intelectual, inspirador de la sentencia acusada, y que no es siquiera el preconizado científicamente por Ripert, para quien la intención dañosa de perjudicar se manifiesta por la falta de un interés serio y legítimo en el ejercicio por su titular de tal o cual derecho. Además, del criterio del móvil dañado, expuesto en la teoría de Ripert, la ciencia señala otros criterios, destinados a auxiliar al juzgador en cada caso: el técnico (falta en la ejecución o ejercicio del derecho); el económico (ausencia de interés legítimo); y el funcional o finalista (desviación del derecho de su función social)".

En síntesis, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, hay abuso del derecho cuando su titular lo ejerza dolosa o culposamente, o sea, cuando en el ejercicio, de un derecho se causa un perjuicio a otro, bien con intención de dañar o bien sin la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios. La falta en el ejercicio del derecho, la ausencia de interés legítimo o la desviación del fin en vista del cual se ha concedido el derecho, sirven al juez como criterio orientador en la aplicación de la doctrina expuesta."

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACION CIVIL, FAMILIA Y AGRARIA. Sentencia del 21 de noviembre de 1969 – MP: Ernesto Cediel.

La teoría de la relatividad de los mismos, de acuerdo con la cual cada uno de tales derechos se encamina a un fin del cual no puede desviarlo su titular; su finalidad esta por fuera y por encima de ellos comprometiendo su responsabilidad para con la víctima de la desviación. De esta suerte un acto cumplido de conformidad con determinado derecho subjetivo.

Para algunos autores entre los cuales se destaca Ripert, solo hay abuso del derecho cuando se ejercita con la intención de perjudicar a otro, con animus nocendi. Es este el criterio intencional que, por lo demasiado rígido, ha sido hasta cierto punto abandonado, para ser reemplazado por el funcional o del motivo legítimo, propugnado por Josserand, según el cual cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; y quien quiera que intente apartarlo de su misión social, comete una falta delictuosa o cuasi delictuosa, un abuso del derecho, susceptible de comprometer su responsabilidad. Este último criterio, sin embargo, ha sido rechazado por los hermanos Henri y León Mazeaud, no solo por la dificultad que existe para determinar la función de los distintos derechos consagrados por el legislador, sino porque fácilmente puede conducir a la arbitrariedad. "un juez obligado a absolver cuestión tan compleja dicen tendría que traspasar el dominio del derecho y caer en el de la política.

Es posible en efecto de abuso, capaz de calmar todos los recelos de los más feroces individualistas, con la condición de estudiar el problema desde el verdadero punto de vista, el de la culpa. Nadie discute a los tribunales la facultad de precisar si ha habido o no culpa, y nadie limita al dominio de la culpa a la intención de perjudicar, a la culpa delictuosa. ¿Por qué habría de ser de otra manera cuando el autor del perjuicio ha ejercido un derecho un derecho definido? El abuso de un derecho constituye una culpa delictuosa cuando obedece a la intención de perjudicar, si falta esa intención, puede constituir una culpa cuasi delictuosa. Cualquier acto del hombre puede ser imprudente o negligente.

¿Cómo admitir que un acto ejecutivo con ocasión del ejercicio de un derecho nunca pueda constituir ni imprudencia ni negligencia? Nada justifica la creación de semejante terreno reservado en la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil. Así, no solamente hay abuso de un derecho cuando el ejercicio de ese derecho constituye una culpa delictuosa, sino también cada vez que constituye una culpa cuasi delictuosa. Tal es el verdadero criterio del abuso.

De esa suerte, la aplicación de la teoría del abuso del derecho debe hacerse con sujeción estricta de los principios que gobiernan la responsabilidad delictual y cuasi delictual en nuestro.

En síntesis, ha dicho la corte, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, hay abuso del derecho cuando su titular lo ejerza dolosa o culposamente, o sea cuando en el ejercicio de un derecho se causa un perjuicio a otro, bien con intención de dañar o bien sin la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios.

La falta en el ejercicio del derecho, la ausencia de interés legítimo o la desviación del fin en vista del cual se ha concedido el derecho, sirve al juez como criterio orientador en la aplicación de la doctrina expuesta.

(...) al abuso del derecho motivado por denuncias criminales, ha expresado que el derecho de formularlas constitutivo también de un deber legal, no ha sido realizado un objetivo serio, de buena fe, y sobre hechos reales.

"quien con incuestionable buena fe, lleva a conocimiento de la justicia ciertos hechos reales sospechosos y adecuados para base de investigación, y mejor que sean en propia defensa porque así el conocimiento es más completo, no compromete su responsabilidad aunque la investigación criminal no concluya en la existencia de ningún delito, si los hechos son ciertos y en su denuncia, no se procedió temerariamente y con torcidos fines" (...) incumbe al actor, en el proceso civil de responsabilidad por tal denuncia, la carga de probar las circunstancias constitutivas de la culpa del denunciante, y al sentenciador deducir su existencia a través de los elementos de convicción aportados al proceso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACION CIVIL, FAMILIA Y AGRARIA. Sentencia del 19 de octubre de 1994 – MP: Carlos Esteban Jaramillo Schloss

El fenómeno conocido como "abuso del derecho" tiene reducido su campo de acción a lo siguiente: a) servir de fuente de obligaciones extracontractuales; b) no cumple papel alguno cuando se trata del ejercicio de derechos o de facultades emanadas de la contratación entre particulares y, c) no es posible concebir el acto abusivo sino en tanto medie una falta personal imputable a título de dolo o de culpa al autor del daño de quien es reclamada la respectiva indemnización.

orden constitucional. La nueva Constitución dispone pues, que ella es norma de normas, no siendo posible ningún tipo de incompatibilidad entre una norma de inferior jerarquía con las máximas constitucionales; con este hecho se impone un proceso de constitucionalización del derecho.

A partir de este planteamiento, el propósito de estos planteamientos consiste en describir, interpretar y sistematizar los eventos en los cuales la doctrina del abuso del derecho ha sido aplicada en la jurisprudencia nacional, desde sus primeros fallos con la llamada Corte de Oro en la década del treinta del siglo XX hasta los actuales fallos; para ello se recurrió a la revisión y análisis de los distintos fallos jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y Corte Constitucional colombiana. De esa forma se permitirá establecer él o los criterios dominantes que ha tenido en cuenta la jurisprudencia nacional para la configuración del abuso del derecho.

No hay que pasar por alto que, al no haber regla, se debe recurrir directamente a los criterios que la Corte Suprema elaboró desde hace ya muchas décadas, junto con los que la Corte Constitucional progresivamente ha venido elaborando a partir de su precedente, el cual, en último término, como lo ha establecido el alto tribunal constitucional en sus reiterativos fallos, tiene efectos vinculantes, esto es que obliga horizontal y verticalmente (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-640 de 1998, 1998), o lo que es igual, que los fallos del alto tribunal constitucional son fuente directa a la cual deben recurrir los operadores judiciales.

De esa forma se abordará el estudio de la teoría del abuso del derecho en algunas materias en las cuales, de manera reiterativa, ha sido reconocida y aplicada, para con ello poder dar respuesta al problema jurídico a seguir, el cual consiste en determinar los criterios que jurisprudencialmente se han establecido para la configuración del abuso del derecho en la jurisprudencia nacional. Especialmente se hará énfasis en el abuso del derecho en los embargos excesivos, en los denuncios penales, en el ejercicio del derecho de acción, en la tutela, en la acción pública de inconstitucionalidad, en los estados de emergencia, y en las relaciones contractuales.

3.8.1. La autonomía de la voluntad privada y el abuso

Según lo ha reconocido la jurisprudencia dominante de la Corte Constitucional, y conforme a los supuestos normativos del Código Civil, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera:

- En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando, por ejemplo: están en juego derechos fundamentales; se trata de servicios públicos; una de las partes ocupa una posición dominante; o los acuerdos versan sobre prácticas restrictivas de la competencia.

- En el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual que persigue no solo el interés particular sino también el interés público o bienestar común.

Frente a estas manifestaciones:

- Corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos.
- El papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-186 de 2011, 2011A).

A la luz del nuevo marco constitucional imperante en Colombia desde 1991, la buena fe o el abuso del derecho han adquirido el rango de principios de orden constitucional, hecho que significa que en cualquier área del Derecho se deban tener en cuenta como normas vinculantes que irradian todo el ordenamiento jurídico del Estado, pero no en sentido residual, sino de aplicación directa por tener rango constitucional.

Esto significa que en materia contractual a pesar de ser el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, no pueden ser ejercidas en forma absoluta, ya que tienen límites en el orden público y en los principios y valores constitucionales (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1194 de 2008, 2008).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que este principio encuentra fundamento constitucional en los artículos 13 y 16 de la Carta, en tanto reconocen, respectivamente, el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1194 de 2008, 2008). De esa manera, la autonomía de la voluntad privada, en el marco de la Constitución de 1991 debe ser interpretada conforme a los principios, valores y derechos reconocidos por la Carta y propios del Estado social de derecho (Corte Suprema de Justicia de Colombia, mayo 31 de 2010, 2010B)⁵.

La doctrina tradicional ubica al abuso del derecho dentro del tipo de responsabilidad extracontractual o *aquilliana*, debido a que el perjuicio no emana de ningún acto bilateral o plurilateral dispositivo de intereses patrimoniales como ocurre con los contratos. Para otra parte de la doctrina moderna, el tipo de responsabilidad que puede surgir del abuso del derecho puede ser extracontractual o contractual, como ocurre en todos aquellos eventos en que, por ejemplo, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, se estipulan cláusulas accidentales en las cuales -como en los contratos adhesivos-, se da una posición dominante (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Octubre 19 de 1994, 1994).

El abuso del derecho puede configurarse en materia contractual (Corte Suprema de Justicia de Colombia, julio 6 de 1955, 1995)⁶, ya sea en los actos preparatorios, en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y, **aun, en el período post-contratual**. Este criterio, como se recordará, se dejó sentado en 1899, en torno al contrato de mandato, y se fue aplicando en forma decidida después de 1935, y se reforzó su aplicación en la Carta de 1991.

En resumidas cuentas, en materia de los actos jurídicos contractuales bien puede llegarse a configurar el abuso del derecho en cualquier tipo contractual, ya sea en los actos preparatorios, de ejecución o incluso en los actos poscontractuales, toda vez que cuando se den los elementos que la Corte Suprema ha dejado establecidos para su configuración, como se dio desde sus primeros fallos en 1899 y en los que, posterior a 1935 y hasta la fecha ha venido profiriendo en la materia y reforzando a partir de la expedición de la Constitución de 1991, el abuso del derecho hace parte de los principios constitucionales.

En un Estado social de derecho, como el colombiano, a los individuos se les reconoce la posibilidad de obrar de acuerdo con su voluntad, siempre y cuando respeten el orden jurídico y los derechos de las demás personas, so pena de tener la obligación, a lo menos, de resarcir los perjuicios que con la actuación se cause.

La teoría del abuso del derecho que desde 1935 venía dominando en el ordenamiento jurídico colombiano, como criterio auxiliar en la actividad judicial, permitió morigerar el exacerbado formalismo dominante desde el siglo XIX. A partir de ese momento se sentó el criterio según el cual una persona no puede abusar de sus propios derechos. Con la Constitución de 1991, esa concepción teórica sufrió un giro radical, al haberse elevado este principio general de derecho a principio de orden constitucional. En forma expresa, el artículo 95, lo hemos repetido varias veces, consagró el deber de toda persona de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; en ese artículo, como lo tiene sentado la jurisprudencia constitucional, subyace un principio fundamental del ordenamiento jurídico que hace imperioso el ejercicio razonable de los derechos constitucionales (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-511 de 1993, 1993A).

El abuso del derecho frente al nuevo marco constitucional ya no es un mero criterio auxiliar, sino que es una norma de aplicación directa, a la cual pueden recurrir los falladores como fuente para resolver las situaciones litigiosas, como ocurre precisamente en materia de las acciones constitucionales de tutela y las acciones de inconstitucionalidad y, dentro de ellas, los estados de excepción, hasta donde se ha hecho extensivo el alcance de la teoría del abuso del derecho. En este tipo de acciones, una persona como titular de derechos, como el de acción, no puede en forma abusiva ejercer ese derecho con el fin de obtener un provecho o perjudicar a un tercero, como por ejemplo al interponer dos veces la misma demanda, ya sea de tutela o de inexequibilidad, o en materia contractual imponer cláusulas accidentales que vulneren derechos fundamentales (Corte Suprema de Justicia de Colombia, junio 23 de 2000, 2000.)

La jurisprudencia de la Corte Suprema, lo hemos expuesto ampliamente, dejó planteado que se configura el abuso del derecho cuando se da una desviación o distorsión del espíritu de los derechos, sea porque se ejercen con la fría intención de causar daño, porque no existe un interés actual y propio, o porque se desarrollan con evidente imprudencia o negligencia, entre otros criterios, como los que se dieron con la expedición de la Constitución de 1991, al adquirir los principios el rango de norma de orden constitucional, hecho que significa que el ejercicio absolutista de los derechos queda proscrito de cualquier área del derecho. Esta situación implica que la teoría del abuso del derecho puede darse en cualquier tipo de relación jurídica, pública, privada, comercial, laboral, procesal, etc.

En forma general, queda establecido el criterio dominante de la Corte Suprema de Justicia, según el cual se presenta el abuso del derecho cuando:

1. Un derecho se ejerce con la única intención de causar un daño o sin motivo legítimo, esto es, correctamente en el sentido de la legalidad, pero injustamente; lo que sucede en los actos propiamente abusivos.
2. Cuando se ejerce de una manera mal dirigida, es decir, distinta de su propia y natural destinación o por fuera de sus límites adecuados. Casos en los que la intención maliciosa cede su lugar preferentemente a la desviación en el ejercicio del derecho como elemento estructural de la culpa, siendo estos los llamados "actos abusivos".

Los criterios que adoptó la Corte Suprema, desde sus primigenios fallos hasta la actualidad, pueden darse en cualquier área del derecho, en materia del derecho de litigar, de los embargos excesivos, en la autonomía de la voluntad privada o en el ejercicio de las acciones constitucionales, ello sin desconocer que, en materia comercial, laboral o administrativa también se puede configurar dicha teoría.

De conformidad con las consideraciones expuestas se puede concluir que, la figura jurídica del abuso del derecho es la otra cara del fraude a la ley, ahora mirada desde la acción cometida por el titular de un derecho. En otras palabras, mientras el fraude a la ley se construye desde la mirada del resultado objetivo contrario a las finalidades de una institución jurídica, el abuso del derecho se mira desde el punto de vista de quien es titular del derecho y puede caracterizarse como un ejercicio manifiestamente irrazonable o desproporcionado.

El abuso del derecho, al igual que el fraude a la ley, son ambas figuras ilícitas. Son especies dentro del mismo género se puede decir. Sin embargo, de esta caracterización similar, y de otros rasgos que los pueden aproximar, cada una de estas figuras es autónoma, independiente, diferente y con características propias, por lo que no se las puede tratar como sinónimos. Así, corresponde hacer analizar las diferencias que al respecto se destacan.

Primero que nada, cabe decirse que abuso y fraude son ambos un mal uso, sin embargo, el fraude implica un engaño, una burla. Se dice que la conducta fraudulenta implica necesariamente un *“ardid o engaño cuyo propósito es frustrar la aplicación de la ley en un supuesto concreto”*; mientras que el abuso no supone necesariamente engaño o el hacer trampa, sino que supone más un exceso, extralimitación o desviación del fin en el ejercicio de un derecho. Se dice también que en el fraude *“las reglas pueden verse como formando un todo coherente con principios que las justifican (o las normas de cobertura) ... pero que produce un resultado contrario a otra u otras normas o al ordenamiento jurídico en su conjunto”*.

De lo expuesto se desprende algo que ya salió a flote en reiteradas ocasiones. En el abuso del derecho es necesario que se esté en el ejercicio de un derecho mientras que en el fraude a la ley tal requisito no es indispensable, aunque no es excluyente.

Al respecto Ordoqui trae un criterio que lo consideramos del todo aceptable, el cual dice que *“el abuso de derecho refiere a un derecho subjetivo que se practica de manera irregular mientras que, en el fraude a la ley, es un derecho objetivo el que se aplica incorrectamente, al tiempo que se pretende evadir su aplicación, intentado acogerse a un precepto para evadir otro”*. Es entonces que desde este punto de vista en el abuso de derecho hay exceso por mal uso o ejercicio desatinado del derecho subjetivo, desviándolo o excediendo su fin causando así un daño.

En el fraude a la ley hay mal uso del derecho objetivo que es en este caso la norma aplicable, buscando su transgresión al amparo de otras diferentes que son también llamadas las normas de cobertura. Al respecto se dice que *“...sólo habría fraude a la ley cuando se intente eludir el cumplimiento de lo dispuesto en un precepto de carácter necesario mediante la invocación de un precepto jurídico aparentemente aplicable a los hechos”*.

Atienza trae al respecto una diferencia esencial que es asimilable a la anterior, pero desde otro punto de vista. Dice que *“el abuso es relativo a acciones que constituyen casos de ejercicio de un derecho subjetivo mientras que el fraude es relativo a acciones que suponen casos de uso de un poder normativo”*.

Existen por otro lado, criterios que encuentran la diferencia entre abuso del derecho y fraude a la ley de acuerdo con los intereses que puedan vulnerar o que vulneren. De este modo, hay quienes sostienen que, *“para diferenciar el abuso del derecho del fraude a la ley hay que hacer referencia a los intereses que se lesionan por una y otra parte; así, se afirma que mientras el abuso del derecho lesionar intereses privados o particulares, el fraude a la ley lesiona intereses sociales. Así mismo podríamos afirmar que estamos frente a abuso cuando se produzca una violación inmediata del interés ajeno; fraude en cambio si se ocasiona la violación de otras normas legales en perjuicio del Estado ya que el fraude no es otra cosa que el artificio por el*

cual un particular buscar sustraerse de una obligación legal para alcanzar un resultado prohibido por la ley."

Desde la perspectiva de la argumentación con principios, se pueden evidenciar así mismo diferencias entre el fraude a la ley y el abuso del derecho. Así, tal como se dijo, es necesario tener en cuenta que el Derecho está compuesto por dos niveles, el de reglas y el de los principios, por esto, Atienza dice que *"los actos en fraude de ley están permitidos prima facie por una regla, pero resulta, consideradas todas las circunstancias, prohibidos como consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificado de la regla en cuestión"*.

3.9 El fraude a la ley

Para que se configure el fraude a la ley y el abuso del derecho no se requiere la existencia de una intención o culpa, basta que se produzca un resultado manifiestamente desproporcionado contrario a las finalidades previstas por el ordenamiento para una disposición o institución jurídica, aunque, por supuesto no son excluyentes sus efectos ni su coexistencia.

Ya antes se había mencionado el tema de los Principios de buena fe y confianza legítima, solo que ahora se armonizarán con lo expresado sobre el fraude a la ley y el abuso del derecho, debiendo tener muy presente que, en las relaciones de las autoridades públicas con los particulares y obviamente en las relaciones entre los propios particulares, las actuaciones de ambos deben estar enmarcadas por los principios de buena fe y confianza legítima, sobre los cuales en la Sentencia C-258 de 2013.05.07 ya citada anteriormente se dijo:

"El principio de la confianza legítima encuentra su sustento en el artículo 83 de la Constitución, el cual se refiere a que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

Esta Corporación en diferentes oportunidades ha desarrollado la norma constitucional en mención y al respecto ha indicado que las relaciones con la comunidad deben estar ceñidas al principio de la confianza legítima, lo que implica, de una parte, el deber de proceder con lealtad en las relaciones jurídicas y, de otra, el derecho a esperar que los demás obren de la misma forma.

Así, el principio de buena fe, en su ámbito de confianza legítima, exige a las autoridades y a los particulares mantener coherencia en sus actuaciones, respetar los compromisos adquiridos y garantizar la durabilidad y estabilidad de la situación que objetivamente da lugar a esperar el

cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico, o al menos una transición para adaptarse a la nueva situación.³⁴

De la mano pues de este concepto del abuso de derecho, el cual hace parte de las Reglas Generales del Derecho de las que habla el art 8 de la ley 153 de 1887, el cual, en armonía con el art.4º del Código Civil ha generado la coexistencia de las teorías del abuso del derecho con las del enriquecimiento sin causa, la imprevisión y el fraude a la ley, entre otras, todas, de alguna forma, hoy sustentadas en el principio constitucional de la buena fe, ya expuesto en este laudo.

Para el tema del manejo de la problemática que toca con el asunto a resolverse, comenzaremos adelantando que de acuerdo con el sentir de la comisión redactora del Código de Comercio, citada por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de catorce (14) de abril de dos mil ocho (2008) con la ponencia del Magistrado JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, el sentido de la previsión contenida del art. 522 del ordenamiento, la obligación de indemnizar al arrendatario por un desahucio basado en circunstancias que luego no se concreten, tiene por objeto el precaver el abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa por desahucios abusivos, lo ya deja entrever la posible presencia de éstos en los actos preparatorios del acto jurídico del desahucio, sin perjuicio por supuesto de que ellos coexistan potencialmente con otros fenómenos que la ley sancione de forma diferente a la indemnización allí consagrada, v.gr. la nulidad.

Ya más adelante se desarrollará el punto más extensamente, pero es de lugar advertir cómo un arrendador que opta por acceder a ese derecho de la no renovación que le asiste a su inquilino, al adoptar tal decisión amparado en alguna o algunas de las causales que el art 518 le concede, debe ser consciente, al decir de la comisión redactora citada en la mencionada sentencia, de que *“...el ejercicio de ese derecho por parte del arrendador no resultaría armonioso cuando la “continuidad de la empresa no puede asegurarse de manera completa si el que organiza un negocio y lo desarrolla hasta colocarlo en un grado de buena productividad puede verse, de un día para otro, privado de esa concreción material de sus esfuerzos que representa la clientela, el prestigio adquirido por su establecimiento y el mismo aviamiento, que es tanto más valioso cuanto más se funda en elementos objetivos”.*

Ese grado de responsabilidad y de conciencia que le asiste al arrendador al optar por la no renovación del arrendamiento de su cumplido inquilino presupone para él la carga de entender que la finalidad del legislador con esta previsión legal es la de salvaguardar el trabajo del empresario diligente, por lo que exigirá en el propietario del predio la recta intencionalidad de truncar ese desarrollo empresarial solamente por la real existencia de intereses superiores y propios de él, como lo son los establecidos en los numerales 2º y 30 del citado art. 518.

³⁴ Reflexiones tomadas del autor José Libardo López Montes/ <https://www.monografias.com/trabajos104/abuso-del-derecho-abuso-poder-fraude-ley/abuso-del-derecho-abuso-poder-fraude-ley2.shtml>

En efecto, en este tema la Corte Suprema se ha reiterado, como lo advierte la Sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil diez (2010) Mag. Ponente, Dr. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE que dijo textualmente:

“...se ha mantenido con el paso del tiempo, como lo muestran las sentencias de 27 de julio de 2001, expedida en el expediente 5860, y de 24 de septiembre de 2001, emitida en el expediente 5876, en la primera de las cuales se lee que “para evitar que el empresario sea injustificada y caprichosamente despojado de ese bien por parte del propietario, se hizo evidente la necesidad de protegerlo, concediéndole, fundamentalmente dos derechos de distinta índole: de un lado, la prerrogativa de renovar el contrato, siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley (artículo 518 del Código de Comercio) y, de otro, cuando se le priva de dicha potestad con sustento en las causales legales, el derecho a ser indemnizado si el dueño no da a los locales el destino indicado o no emprende las obras...”, mientras en la segunda se explica cómo la capacidad de renovación “...que asiste al empresario garantiza el statu quo de la tenencia, puesto que ese es su haber dentro del marco de la relación sustancial, porque, como se anotó, pero se repite, dicho derecho protege la estabilidad del negocio, como salvaguardia de la propiedad comercial, conformada, entre otros intangibles, por la clientela y la fama acumuladas en el lugar donde desde antaño se cumple la actividad...”.

Para los efectos que nos interesan valga por ahora señalar, cómo quiere la ley en desarrollo de tal protección informar al arrendador de su intención protectora para con el empresario, exigiéndole al primero total claridad y legítima intencionalidad en los propósitos y finalidades que deberá el revisar antes de hacer uso de esa prerrogativa de terminación contractual.

Dijo el Dr. Valencia Copete en su fallo:

*“...Consecuentemente, puesto que se procura amparar el interés general, de rango superior, así como aquel elemento inmaterial creado por el empresario, ningún sentido tiene conceder ese privilegio a quien arrienda el inmueble, mientras, en contraste, se observa cómo resulta de supremo valor la salvaguarda de la estabilidad empresarial del arrendatario, **la que en últimas redundará en beneficio del bien común**, aunque de entrada genere utilidad principalmente a éste.”*
(Resaltas fuera)

Últimamente, en sentencia 022 de 14 de abril de 2008, pronunciada en el expediente 2001 00082 01, reiteró la Corte que esa prerrogativa corresponde al locatario y se erige *“...para proteger los derechos inmateriales del comerciante, amén del interés público que entra en juego...”*, pues se considera que en el término de los dos años a que hace referencia la norma él estableció su empresa, la dio a conocer al público y acreditó su unidad económica.

Si bien es cierto, como lo advierte el primer fallo en comentario,

“...Es de notar, sin embargo, que la ley no exige ninguna condición adicional, distinta al desahucio, para que no haya lugar a la renovación del arriendo. Así se desprende del artículo 520 del Código de Comercio, al decir que si el propietario no manifiesta, con la debida antelación, que requiere el inmueble, entre otros casos, para demolerlo y construir una obra nueva, el contrato de arrendamiento se considera “renovado o prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial”. Es más, de ser necesaria la recuperación judicial del bien, tampoco es preciso acreditar la causal aducida, basta que se afirme, porque si el propietario incumple la obligación que adquirió, debe asumir las consecuencias, en cuanto se vería compelido a indemnizar al empresario”,

no lo es menos que cuando ese acto del desahucio se vea permeado por circunstancias sancionables propias de todo acto jurídico, tales consecuencias deberán aplicársele, esto, ante ese silencio de requisitos que señala la providencia y en aplicación del ya citado art. 8 de la Ley 153 de 1887.

Esta interesante sentencia dejó sentado que para el caso de la reclamación por el inquilino desahuciado de la indemnización contenida en el art. 522 del C.de.Co, le eran oponibles las defensas generales de toda reclamación de resarcimiento de un daño y no habían culpas objetivas, por lo que igualmente debe concluirse que, para los actos generadores de esa eventual reclamación -la de un desahucio abusivo- deberán ser de recibo las condiciones y prevenciones que el ordenamiento jurídico trae para los actos generadores y/o modificadores de situaciones adquiridas y en general para los actos y declaraciones de voluntad.

Por su cercanía y correlación es importante, para entender el contexto, revisar ahora la última de estas reglas generales, esto es, el Fraude a la ley que ya lo anunciamos, es la contracara correspondiente a la del abuso del derecho.

La Corte Constitucional Colombiana, en relación con derechos adquiridos, mediante Sentencia C-258 de 2013.05.07, analizó el tema del fraude a la ley. Allí se hizo un estudio en el que se abordó el tema y se dieron luces en la ubicación de este concepto, ensamble del de Abuso del Derecho, que atrás desarrollamos.

Una de las primeras definiciones del fraude a la ley, se encuentra en el Digesto de Justiniano el cual establece que *"obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido"*³⁵

³⁵ *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, quis alvis verbis legi sententiam eius circumvenit.* Digesto de Justiniano, I (1968) 1, 3, 29 Pág. 57.

Ascarelli afirma respecto a la restricción que impone la ley que *"al dictar una orden o una prohibición, quiere que produzca sus efectos aun en contra de combinaciones que tratan de eludirla y aun cuando éstas adopten formas legales; **aquél no puede tolerar que la norma sea burlada por maniobras ingeniosas que adopten formas o vestiduras de esta naturaleza**"*

³⁶(Resaltas fuera)

Por otra parte, para Emilio Betti el acto jurídico encaminado a defraudar la ley ocurre cuando *"pese a salvar las apariencias y respetar la letra de la ley, logra violar su precepto en espíritu"*.³⁷

Ricardo Balestra, a su turno, define el fraude a la ley como *"la realización de actos que aisladamente serían válidos, pero que se hallan presididos en su comisión por una intención, dolosa del agente con la finalidad de alcanzar un resultado prohibido por el derecho y más específicamente por la norma de derechos internacional privado"*³⁸(Resaltas fuera)

Otros autores señalan que el fraude a ley se constituye por *"actos reales queridos y realizados efectivamente y combinados de tal manera que, aun siendo lícitos en sí, aisladamente considerados, permiten, como resultado de la combinación, burlar la ley y hacerla producir efectos contrarios a su espíritu y a su fin". En este orden de ideas, se configura el fraude a la ley cuando los interesados buscan librarse de obligaciones impuestas por la ley, "realizando actos ajustados aparentemente a la misma, pero que suponen una contravención o un falseamiento de su espíritu"*³⁹(Resaltas fuera)

Es común que se confunda el fraude a la ley con la figura de la simulación. Sobre este punto, la doctrina ha sido clara en señalar sus diferencias, en el siguiente sentido:

- "a) El acto jurídico simulado produce sólo una apariencia de contrato; el acto concluido en fraude a la ley es real y verdadero;
- b) El acto simulado cuando es ilícito, viola directamente la ley; el fraudulento, sólo en forma indirecta; este último en sus formas externas respeta la ley, pero viola en el fondo su espíritu.
- c) La simulación puede ser lícita o ilícita; el fraude a la ley es siempre ilícito" (Se resalta)

En el caso colombiano, en Sentencia del 13 de febrero de 1992, la Sección Tercera del Consejo de Estado expresó que el hecho de intentar, mediante la alteración calculada de un

³⁶ ASCARELLI. "Il negozio indiretto e le società commerciali". en Studi per Vivante. Roma. 1931. p. 23.

³⁷ Betti, Emilio, Teoría general del negocio jurídico, Editorial Revista de Derecho Privado. 2da ed. Madrid. 1959. p 283.

³⁸ Balestra, Ricardo, Derecho Internacional Privado, parte especial; Editorial Abeledo – Perrot; Pág. 19

³⁹ Vodanovic, Antonio; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, ibid. p. 369.

comportamiento, el nacimiento de un derecho a través de una norma que no es la correctamente aplicable, constituye fraude a la ley.

Por otra parte, la Corte Constitucional aplicó el concepto de fraude a la ley en la Sentencia SU-1122 de 2001. Al respecto, la Corte manifestó:

*"En estas circunstancias, se puede hablar de un fraude a la ley (o fraude al derecho), por cuanto se aprovecha las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para fines o resultados no queridos (en tanto que incompatibles) por el ordenamiento jurídico. No se trata de un acto ilegal o ilícito en la medida en que no existe regla que prohíba el resultado hermenéutico. La calificación de fraude, entonces, tiene por objeto permitir que se corrija este fenómeno, a pesar de no ser típico. En este orden de ideas, el juez y la administración tienen el deber de evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema."*⁴⁰ (Resaltas fuera)

Según las anteriores referencias, a juicio de la Sala quien actúa en fraude a la ley, ejecuta actos que guardan fidelidad al texto de la norma o que se desprenden de una interpretación en apariencia razonable de ella, pero que en realidad eluden el sentido de las disposiciones y conducen a resultados que desbordan la naturaleza y finalidades de la respectiva institución jurídica.

Tales actos pueden o no tener lugar por la voluntad del agente. Por ello el fraude a la ley no debe confundirse con el fraude susceptible de sanción penal o de otra naturaleza. En su dimensión objetiva, el fraude a la ley únicamente requiere que exista un aprovechamiento de las opciones hermenéuticas del agente.

3.10. La sanción legal de los actos jurídicos

Hechas estas reflexiones, en principio aplicables a la responsabilidad de los contratantes en contratos sinalagmáticos, se impone precisar el concepto de Acto Jurídico, como vehículo de la expresión de la voluntad de las personas y como contrastante del Hecho Jurídico, y las implicaciones de ello para el caso que nos ocupa.

El concepto de acto encuentra su origen en el vocablo en latín *actus* y se halla asociado a la noción de acción, entendida como la posibilidad o el resultado de hacer algo. Un acto jurídico, en este sentido, constituye una acción que se lleva a cabo de manera consciente y de forma voluntaria con el propósito de establecer vínculos jurídicos entre varias personas para crear, modificar o extinguir determinados derechos.

En otras palabras, puede decirse que un acto jurídico es una manifestación de voluntad cuyo fin es provocar consecuencias de derecho. Estos resultados son reconocidos por medio del ordenamiento jurídico, como lo incorpora el concepto de la sanción legal del art. 6º del C.C.

Cabe resaltar que existen múltiples clasificaciones para los actos jurídicos. Pueden ser formales (en los cuales la eficacia está atada a las formalidades establecidas y contempladas por la ley), otros pueden ser no formales (en ellos, su posible validez no depende de la solemnidad), positivos (su éxito depende de la realización del acto), negativos (suponen una omisión o abstención), unilaterales (surgen por la voluntad de una única parte), bilaterales (requieren del consentimiento de un mínimo de dos partes), patrimoniales (de contenido económico), familiares (derechos y deberes de familia), gratuitos (la obligación recae sobre una única parte, sin importar cuántas estén involucradas) u onerosos (obligaciones recíprocas), entre otros tipos.

Es importante, ya lo anunciamos, realizar distinciones entre estos dos conceptos: acto jurídico y hecho jurídico.

Un hecho jurídico constituye un acontecimiento natural que se caracteriza por no necesitar la intervención de la voluntad para apreciar consecuencias de derecho, mientras que un acto jurídico, como lo hemos dicho anteriormente, necesita de la aprobación; es decir, debe reunir ciertas condiciones para poder obligar al cumplimiento de los derechos por las partes que lo llevan a cabo. Tanto el acto como el hecho jurídico son las formas de realización de los supuestos de derecho.

Para que un acto jurídico exista como tal, es decir que la expresión de la voluntad de quien lo realiza se encuentre amparada por la Ley, es necesario que reúna ciertos requisitos: la base del acto jurídico la conforma fundamentalmente la declaración de voluntad, la cual debe ser consciente de los efectos que tendrá el primero, de acuerdo con lo que estipulen las leyes.

El acto jurídico busca una variación del estado de las cosas y provoca las ya mencionadas consecuencias de tipo jurídico.

El acto o negocio jurídico puede ser entendido como un supuesto de hecho conformado por la confluencia de manifestaciones de voluntad, cuando estamos ante actos sinalagmáticos, o por lo menos por declaración de una sola voluntad, cuando el acto es unilateral. Empero tales voluntades buscan surtir efectos en la vida real y jurídica de las partes que las manifiestan.

Para este estado de las cosas, no es para nada equivocado calificar la actuación del desahucio de un contrato arrendamiento, tal y como lo regula el art. 520 del Código de Comercio, como un Acto Jurídico Unilateral, por lo que, como ya se dijo, debe reunir una serie de elementos de

existencia y de validez. Podemos aquí aproximarnos al concepto de sanción legal, contenido en el art.6 del Código Civil.⁴¹

De acuerdo con este ordenamiento, los actos válidamente celebrados, contruidos y por supuesto, legítimamente concebidos, gozarán de la sanción por recompensa de ser válidos, exigibles y oponibles, al paso que de no serlo acarrearán con la pena legal que para sus falencias se haya contemplado en el mundo jurídico.

Conforme las normas que regulan el válido nacimiento de las situaciones que generan el surgimiento de obligaciones y por ende los que generen alteraciones y/o extinciones de las mismas, al tenor del artículo 1524 de Código Civil, es necesario la existencia comprobable de una Causa Lícita, esto es, que no sea ella contraria a la ley, a las buenas costumbres, al orden público y, que no vulnere ninguna de las normas generales del derecho que revisamos cuando hicimos un análisis de los arts. 4º del C.C. y 8º de la ley 153 de 1887.

Cuando dichos actos no están, por esa falla en la causa que lo origina, llamados a producir los efectos queridos y esperados por las partes, nos encontramos ante la figura de la ineficacia, la misma que consiste, según lo dicho, en la ausencia total o parcial de los efectos buscados por las partes al manifestar su voluntad. La nulidad es considerada por la doctrina mayoritaria como uno de los tantos supuestos de ineficacia de los actos jurídicos.

Tal ineficacia puede deberse, entre sus tantos supuestos, a un defecto severo en la concepción, conformación o celebración del acto jurídico, por ello, a este tipo de ineficacia se la suele denominar estructural, la misma que coincide con la institución de la invalidez de los negocios jurídicos, según nuestro derecho.

Ahora bien, la invalidez presenta hasta dos supuestos muy conocidos: la nulidad y la anulabilidad, llamadas también nulidad absoluta y relativa, respectivamente.

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada judicialmente, incluso aunque las partes no lo hayan solicitado, siempre y cuando aparezca de manifiesto en el acto jurídico. En aquellos casos en que la nulidad no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso, por prescripción extraordinaria. (Código Civil, art. 1742).

Dado que la nulidad absoluta protege el bien común, el juez debe declararla cuando la encuentre, puede alegarse por todo el que tenga interés en ello y también puede pedirse su

⁴¹ Artículo 6o. SANCION Y NULIDAD. La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones.

En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos. (Subrayas fuera)

declaración por el Ministerio Público para proteger la moral o de la ley, cuando se den los supuestos que la misma ley consagra, entre ellos, la presencia de un objeto o de una causa ilícita, casos en los que, conforme la misma norma, se reitera, es obligación del juez declararla de oficio.

Respecto de la detección y determinación de la presencia o no de la causa lícita en un acto jurídico, revisando las notas de Ortega Torres al Código Civil Colombiano, específicamente al artículo 1524, él puntualiza:

“El problema sobre el concepto causa, al decir de BONFANTE “...constituye el más discutido e indescifrable de la doctrina moderna del derecho, el campo preferido de las elucubraciones metafísicas y de la sicología jurídica”.

Hace él -Ortega Torres- una somera explicación de las teorías causalistas y anti-causalistas y transcribe, aterrizado a nuestra ley colombiana, un comentario del Maestro Eduardo Zuleta Ángel quien aporta a la temática su afirmación de que *“...cuando nuestro Código habla de motivo no debe entenderse por esta expresión los motivos intrínsecos, orgánicos, la causa del siglo pasado, sino los extrínsecos, personalísimos, pero únicamente aquellos de carácter teleológico que se refieren al futuro.”*

Este oportunísimo aporte simplemente significa que debe proceder el juez, examinando causas lícitas o ilícitas de un acto jurídico, a lograr comprobar la existencia de esos propósitos, de esas metas, de qué era lo que la parte buscaba cuando se encaminó a implementar esa manifestación de voluntad que constituye la base y que construye la estructura del acto jurídico examinado, para poder ahí sí colegir la licitud o no de esa causa, resultados que soportarán las consecuencias que de ese análisis se pueda arrojar para los temas a resolverse por parte de ese fallador en derecho.

La Corte Suprema de Justicia, en diversos fallos (Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, octubre 30/2001) ha venido afirmando que el poder excepcional que al fallador le concede la ley para declarar de oficio la nulidad absoluta, no es irrestricto, panorámico o ilimitado, sino que, por el contrario, se encuentra condicionado a la concurrencia de las tres circunstancias siguientes:

- 1ª Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato;
- 2ª Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes;
- 3ª Que al litigio concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración del aquél o sus causahabientes, en guarda del postulado de que la nulidad de una convención, en su totalidad, no puede declararse sino con la audiencia de todos los que la celebraron.

Estas delimitaciones tendrán que ajustarse necesariamente a lo pertinente cuando se trate de actos jurídicos unilaterales.

Tanto el Código Civil como el Código de Comercio establecen reglas específicas respecto de la nulidad, estableciendo, el primero, la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa y el segundo, consagrando el concepto de anulabilidad como equivalente al de nulidad relativa.

Una primera consecuencia diferenciadora se configura respecto de los eventos que pueden dar lugar a la declaratoria de cada una de ellas. La nulidad absoluta se configura en aquellos casos en los que el acto es celebrado por una persona absolutamente incapaz, se encuentra afectado por causa u objeto ilícito o contraría una norma imperativa -a menos que la ley disponga otra cosa (art. 1741 C.C y art. 899 C. Co.)⁴²

Así pues, concluye entonces el Tribunal, que el acto jurídico del desahucio podrá pues ser objeto del análisis y eventual sanción al que pueden someterse todos los actos jurídicos a la luz del derecho colombiano, incluida por supuesto la verificación de su causa y objeto lícitos.

3.11 El Contrato de Arrendamiento de Local Comercial- La protección constitucional y legal a la libre y sana competencia y al empresario - Generalidades

Ya descendiendo al tipo de contrato que se somete a análisis del Tribunal, que para el caso es un contrato de arriendo sobre locales comerciales destinados a la explotación de un establecimiento de comercio, encontramos que su regulación se encuentra en primera medida en las disposiciones contenidas en los artículos 518 a 522 del Código de Comercio, que consagran una serie de mecanismos orientados a garantizar la protección de los establecimientos de comercio, fungiendo como un amparo al empresario en desarrollo del principio de la libre y sana competencia; son las mentadas normas de tan alto rango, que la ley las considera de orden público y por tanto de imperativo cumplimiento.

Estas disposiciones deben ser observadas, no solo en su aplicación sino también en su guarda y cuidado, toda vez que, por ostentar tal carácter-normas de orden público- entran en esacategoría a la que hace referencia el artículo 1519 del Código Civil, respecto de las consecuencias de la vulneración legal que pueda constituir objeto ilícito en los actos jurídicos.

En este sentido, son innumerables las referencias jurisprudenciales y doctrinarias que delinean el asunto. Así, la jurisprudencia de nuestros altos tribunales ha destacado los intereses a proteger al decir que,

⁴² Sentencia C-345/17 - Magistrado Ponente, ALEJANDRO LINARES CANTILLO- veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

*"mediante esos preceptos, a los cuales se les dio el rango de orden público, por cuanto se excluyó la composición de las partes, sin dejar de lado la tutela del derecho de dominio, apoyados en los principios del abuso del derecho y del enriquecimiento si causa, según lo afirman los propios comisionados en la exposición de motivos, se entró a reconocer esa serie de intangibles que enriquecen el patrimonio, debidos no al esfuerzo del propietario, sino a la gestión personal, profesional y particular del empresario, quien con su espíritu emprendedor, su capacidad de trabajo, su talante comercial, consigue clientela, fama o buen nombre y, en todo caso, forma su aviamiento."*⁴³ (Resaltas fuera)

La Corte Suprema de Justicia por su parte, ha aludido al fundamento de dichas herramientas resaltando que,

*"resulta patente la existencia actual de un conjunto de disposiciones destinadas a la protección de la actividad comercial, cuyo fundamento y venero se hallan en el interés general y superior de la sociedad y del Estado, comprometidos como están en el mantenimiento de la estabilidad de las empresas, la subsistencia de las formas organizadas de acción económica y la continuidad del comportamiento empresarial, por cuanto en las naciones modernas éstas representan importante factor de desarrollo y de equilibrio social."*⁴⁴ (Resaltas fuera)

Así mismo, resulta palmario que el contrato de arrendamiento de local comercial es un acto jurídico mercantil conforme al numeral cuarto del artículo 20 del Código de Comercio, que se erige en pieza fundamental del establecimiento, convirtiéndose en activo intangible de alto valor para el desarrollo y prosperidad del negocio del empresario por lo que las protecciones a las que se viene haciendo referencia no solo se limitan al aspecto económico que el local comercial implica, sino que envuelven valores superiores, que al decir de la Corte,

*"se trata de defender la permanencia del establecimiento de comercio, como bien económico, pero también, los valores intrínsecos humanos y sociales, que igualmente lo constituyen. (...) El derecho de renovación que asiste al empresario – arrendatario, garantiza el statu quo de la tenencia, puesto que ese es su haber dentro del marco de la relación sustancial, porque, como se anotó, pero se repite, dicho derecho protege la estabilidad del negocio, como salvaguardia de la propiedad comercial, conformada, entre otros intangibles, por la clientela y la fama acumuladas en el lugar donde desde antaño se cumple la actividad mercantil."*⁴⁵

⁴³ Tribunal Superior de Medellín. Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez. Mayo 22 de 1985.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P. César Julio Valencia, 27 de abril de 2010.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. José Fernando Ramírez Gómez, 24 de septiembre de 2001.

Al revisar en mayor detalle este sistema de garantías, se encuentra que el mismo consagra, en primer lugar, el derecho a la renovación contemplado en el artículo 518⁴⁶, así como otras herramientas como el desahucio, regulado en el artículo 520⁴⁷, el derecho de preferencia del 521⁴⁸ y la incorporación de la eventual indemnización contemplada en el 522⁴⁹, todos artículos de la codificación comercial.

En lo atinente al derecho de renovación ha sostenido la Corte que,

“superado el principio de la autonomía de la voluntad que inspiró el derecho privado del siglo XIX, con el propósito de regular armónicamente el ejercicio de los poderes del propietario y los derechos del arrendatario de locales comerciales, el legislador consagró tanto la garantía del primero para dar por terminado el contrato de arrendamiento, como la del comerciante para que aquel o futuros arrendatarios no se aprovechen después de la clientela, fama y demás ventajas creadas por él. De allí que, de una parte, al arrendador le asiste el derecho de hacer valer la terminación del contrato, en presencia de una de las tres causales que para el efecto señala el Código de Comercio: el incumplimiento por parte del arrendatario, la necesidad del propietario de habitar el inmueble o requerirlo para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario, y, por último, pedirlo para su reconstrucción, o para repararlo con obras que no puedan ejecutarse sin su entrega o desocupación, o cuando deba ser demolido por ruina o para levantar una nueva construcción. En tanto que, de la otra, al empresario que haya ocupado el inmueble con un mismo

⁴⁶ Artículo 518. DERECHO DE RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, salvo en los siguientes casos: 1) Cuando el arrendatario haya incumplido el contrato; 2) Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario, y 3) Cuando el inmueble deba ser reconstruido, o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva.”

⁴⁷ Artículo 520. DESAHUCIO AL ARRENDATARIO. En los casos previstos en los ordinales 2o. y 3o. del artículo 518, el propietario desahuciará al arrendatario con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato, so pena de que éste se considere renovado o prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial. Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los casos en que el inmueble sea ocupado o demolido por orden de autoridad competente.

⁴⁸ Artículo 521. PREFERENCIA DE ANTERIOR ARRENDATARIO EN LOCALES RECONSTRUIDOS. El arrendatario tendrá derecho a que se le prefiera, en igualdad de circunstancias, a cualquier otra persona en el arrendamiento de los locales reparados, reconstruidos o de nueva edificación, sin obligación de pagar primas o valores especiales, distintos del canon de arrendamiento, que se fijará por peritos en caso de desacuerdo.

PARÁGRAFO. Para los efectos de este artículo, el propietario deberá informar al comerciante, por lo menos con sesenta días de anticipación, la fecha en que pueda entregar los locales, y este deberá dar aviso a aquél, con no menos de treinta días de anterioridad a dicha fecha, si ejercita o no el derecho de preferencia para el arrendamiento. Si los locales reconstruidos o de la nueva edificación son en número menor que los anteriores, los arrendatarios más antiguos que ejerciten el derecho de preferencia excluirán a los demás en orden de antigüedad.

⁴⁹ Artículo 522. CASOS DE INDEMNIZACIÓN DEL ARRENDATARIO. Si el propietario no da a los locales el destino indicado o no da principio a las obras dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la entrega, deberá indemnizar al arrendatario los perjuicios causados, según estimación de peritos. Igual indemnización deberá pagarle si en esos mismos casos arrienda los locales, o los utiliza para establecimientos de comercio en que se desarrollen actividades similares a las que tenía el arrendatario.

En la estimación de los perjuicios se incluirán, además del lucro cesante sufrido por el comerciante, los gastos indispensables para la nueva instalación, las indemnizaciones de los trabajadores despedidos con ocasión de la clausura o traslado del establecimiento y el valor actual de las mejoras necesarias y útiles que hubiere hecho en los locales entregados.

El inmueble respectivo quedará especialmente afecto al pago de la indemnización, y la correspondiente demanda deberá ser inscrita como se previene para las que versan sobre el dominio de inmuebles.

establecimiento mercantil por lapso no inferior a dos años consecutivos, se le asigne el derecho de renovación – no prórroga – del contrato, consistente en un convenio nuevo, que puede acordarse o celebrarse con sujeción a las circunstancias, especialmente en cuanto a precio y condiciones de utilización de la cosa arrendada”⁵⁰.

“El hecho de que el empresario debe haber gozado dos años continuos del local, a título de inquilino, significa para la ley que un término inferior a ese es insuficiente para que la labor del empresario haya logrado consolidar en torno al local un prestigio o good will con entidad suficiente para erigirlo en componente material y autónomo del establecimiento. Bien claro es el artículo en exigir que los dos años sean consecutivos; pero aunque así se hable, un deber de fidelidad al espíritu de la norma obliga a entender que lo que se quiso decir fue que la ocupación debía perdurar continuamente por dos años, que es la manera de hablar que verdaderamente expresa ese concepto”. “El derecho de renovación protege la estabilidad del negocio, como garantía y salvaguardia de esa propiedad comercial que anteriormente se explicaba, constituida, entre otros intangibles, por la clientela y la fama logradas en el lugar donde desde antaño se lleva a cabo la actividad. El derecho de renovación restringe el ius utendi del propietario, perpetuando el goce del arrendatario, quien con su ejercicio mantiene la tenencia del inmueble”⁵¹.

Es claro conforme a las citas que anteceden, que el derecho de renovación no implica una eliminación del derecho de propiedad, ni una congelación de cánones, sino una renovación del contrato, no necesariamente en las mismas condiciones originarias.

De análoga manera cabe señalar que, como lo dijo la Corte, el derecho de propiedad del dueño del inmueble también se respeta, solo que condicionado y atado a que en su goce no se vulneren normas superiores ni principios protegidos por el orden público, motivo por el cual debe prestarse especial atención a la manera como se ejercita, por parte de ese propietario, la implementación de las causales y las situaciones que la ley le permite utilizar, por encima de ese derecho del arrendatario que venimos exponiendo, cuando resuelva él hacer uso de tal prerrogativa.

La segunda garantía mencionada, es decir, la del desahucio, se presenta cuando no tiene eficacia el derecho de renovación, por operar alguna de las causas legales de terminación del contrato de arrendamiento.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 4818 de 1997, M.P., Pedro Lafont Pianeta

⁵¹ Ramírez, José Fernando. Arrendamiento de Locales Comerciales. Monografías Jurídicas. Ed. Temis S.A. Bogotá. 1993.

Frente al desahucio, sostiene la doctrina que,⁵²:

“si el propietario del inmueble donde funciona el establecimiento de comercio pudiese en cualquier momento desahuciar al inquilino para provocar la terminación del contrato y no prorrogarlo, podría aprovecharse del buen nombre, de la fama y de la clientela lograda por el empresario e instalaría su propio establecimiento idéntico o similar al que allí funcionaba. Es indudable que el empresario que acredita un establecimiento de comercio atrae a una clientela, la cual se orienta por el sitio que ocupa el establecimiento; ese establecimiento acreditado, puede influir en todo un sector valorizándolo e incluso ese intangible puede constituirse en un momento dado en el elemento más importante de todo el establecimiento de comercio. Por todo esto no es posible permitir al propietario del local que abuse, que se beneficie del esfuerzo y del trabajo del empresario. Para atender a esa inquietud de protección al propietario del establecimiento, que es arrendatario del local comercial donde funciona, se ha establecido en muchos países la propiedad comercial, que consiste en una serie de derechos que se otorgan al arrendatario de un local comercial, derechos que estriban a veces en una prórroga, o el derecho a una prima especial por desocupación o a una opción de compra para el evento de que el dueño del local quiera venderlo” (Subrayas fuera)

Como tercera garantía se establece la consagración de un derecho de preferencia, el cual aplicará al momento de poner en arrendamiento nuevamente un inmueble que ha sido remodelado o reconstruido.

Frente a esta garantía ha destacado la doctrina que,

“el artículo 521 establece, en favor del arrendatario, un derecho de preferencia a mantener dicho estado y calidad, frente a otras personas y en igualdad de circunstancias, cuando se trate de locales reparados, reconstruidos o de nueva edificación, sin obligación de pagar primas o valores especiales distintos del canon de arrendamiento, que se fijará por peritos en caso de desacuerdo. Hipótesis y solución igualmente razonable. Si los inmuebles continúan destinados al arrendamiento por no hallarse en ninguna de las condiciones señaladas por los ordinales 2° y 3° del artículo 518, es de lógica y de justicia que se prefiera a quien viene ocupándolo con regular cumplimiento de sus obligaciones. Esta preferencia, sin embargo, no implica una congelación de cánones, ni una imposición de condiciones iguales a las anteriores a la reparación, reconstrucción o remodelación del inmueble. Por el contrario. Del texto resulta con nitidez que tales condiciones pueden variarse a voluntad de los contratantes con la única

⁵²Arrubla Paucar, Jaime A. Contratos Mercantiles Tomo I. 11 ed. Editorial Dike, 2007

condición de que el inquilino no sea obligado a sobrepuestos o primas de ninguna clase. Y si tal acuerdo no sobreviene, los peritos fijaran el nuevo canon. Cabría preguntar, entonces, cual es el derecho que resulta aquí vulnerado para el propietario. No el de arrendar, porque ya se vio que el inmueble tiene esa destinación. Tampoco el de cobrar un mejor canon, que eventualmente se haga justo por los costos de la reparación, reconstrucción o remodelación, porque su fijación se entrega, según las reglas comunes, a los contratantes y sólo subsidiariamente a los peritos. Quizás el de especular a base de primas especiales y sobrepuestos con otros eventuales arrendatarios. Si este fuera el caso, habría que responder que entre mantener una empresa establecida con los derechos y valores que ella comporta para el propietario y arrendatario y para el público, y el de propiciar una nueva de la cual, por lo menos al principio, el único beneficiado sería el propietario por la recepción de las primas, el texto legal se ha inclinado por el primero en cuanto refleja un interés social que requiere protección”⁵³.

Por último y ante el fracaso de las anteriores garantías, el legislador ha contemplado un remedio para el arrendatario que a pesar de todo ha resultado lesionado en los derechos arriba mencionados y es obligación indemnizatoria del propietario, cuando se desconocen los derechos de preferencia o renovación.

En relación con esta última garantía, considera el Tribunal que debe ser analizada y restringida para el caso que, como lo señala la norma, se den los presupuestos fácticos de omisión, y siempre y cuando haya habido entrega del local. Parece de Perogrullo la reflexión, pues no sería ontológicamente posible que las omisiones que sanciona este artículo pudieran reclamarse si no hubiera habido la desposesión del inmueble. La reflexión tiene sentido si la observamos desde la óptica de la sanción que se contempla, sanción que es un mecanismo de reparación del daño, ofensa resarcible que, de igual manera, en la medida que pueda ser evitada, será del resorte del posiblemente afectado el evitar su concreción, y de igual manera del resorte de las autoridades advertirlo y/o evitarlo, en la medida de sus competencias.

De todas formas, se colige de esta exposición, cómo existen intereses superiores tutelados y protegidos por el legislador encaminados a la estabilidad del comercio, la actividad del empresario y la tranquilidad de la economía, motivo por el que se les dio el carácter de normas de orden público a las reguladoras de las relaciones entre propietario e inquilino de este tipo de bienes inmuebles y como tales, ya se dijo, su vulneración tendrá efectos propios, adicionales a los de cualquier vulneración contractual iter-partes.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Magistrado Ponente José María Esquerro. 29 de septiembre de 1978

3.12. El derecho a la renovación del contrato de arrendamiento

De los derechos consagrados por el legislador en el marco de la protección del arrendatario se abordará de manera individual el denominado derecho de renovación, por ser este el que enmarca el conflicto traído por las partes y que debe ser resuelto por el Tribunal.

3.12.1 Concepto

El establecimiento de comercio entendido como *“un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”* (art. 515 Código de Comercio), conlleva como componente esencial los contratos de arrendamiento que el empresario suscriba, dado que el local comercial sobre el cual el empresario estructura físicamente su establecimiento de comercio, con frecuencia no es de su propiedad.

Lo anterior implica que los contratos de arrendamiento sobre locales comerciales se constituyen en bienes del establecimiento de comercio de un importantísimo valor y es por ello que se han promulgado, como lo estamos advirtiendo, normas que buscan brindar una especial protección al arrendatario y abundante jurisprudencia frente al especial sistema de protección comercial, dentro del que se encuentra el derecho de renovación del contrato frente al que la doctrina ha señalado que:

“Es el principal derecho que se concede al arrendatario y procede cuando el arrendatario empresario haya ocupado al menos por dos años consecutivos en inmueble a título de arrendamiento (...)”.⁵⁴

Al respecto señala el artículo 518 del C de Co que:

“Derecho de renovación del contrato de arrendamiento. El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, salvo en los siguientes casos: (...)”

El derecho de renovación, ya lo adelantamos, no debe ser confundido con la prórroga del contrato, pues en ejercicio de aquel el antiguo contrato no continúa en los mismos términos, que pueden ser variados, mientras que, en aplicación de una prórroga, simplemente se extienden en el tiempo las condiciones iniciales que ya regían el contrato prorrogado.

El profesor José Alejandro Bonivento frente al punto manifiesta:

⁵⁴ Paucar Arrubla, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles*. Legis Editores, Decimocuarta edición. Bogotá (2015), p. 424.

“La figura de la prórroga tiene una proyección sustancial diferente: mantener el contrato existente, con todas sus consecuencias y efectos, bajo las mismas condiciones de tiempo y precio del contrato prorrogado. En la renovación hay un nuevo contrato, en la prórroga es el mismo el que regirá las relaciones de los contratantes, por mandato de la ley”⁵⁵.

Al respecto señala la jurisprudencia que⁵⁶:

“Mas, ese peculiar privilegio de poder renovar el contrato una vez cumplidos los requisitos legales, aún en contra de la voluntad del arrendador, no supone de modo ineludible la prolongación de las condiciones pactadas inicialmente, puesto que de la esencia de la indicada facultad no emerge semejante conclusión, sino, de modo exclusivo, la opción de continuar con el uso del inmueble, aunque sea menester el cambio del contrato anterior o, por lo menos, la alteración de algunas de las cláusulas antes aceptadas por las partes, tales como las relativas al precio o a las circunstancias de utilización del bien materia de arrendamiento. Se trata, en suma, de la potestad de seguir sirviéndose del establecimiento en el mismo local, aunque, eventualmente, bajo regulaciones convencionales diferentes. A eso se circunscribe el derecho de renovación que asiste al locatario”.

En ese sentido se ha manifestado la jurisprudencia desde cuando la Sala Plena de la Corte, en sentencia de 29 de noviembre de 1971, recién expedido el Decreto 410 de 1971 -Código de Comercio actualmente vigente-, sostuvo la constitucionalidad de los artículos 518, 520, 521, 522 y 524 del mencionado estatuto. Dijo en aquella oportunidad la Corporación, después de reconocer la renovación como un mecanismo sobresaliente dentro del “...sistema de protección del derecho del arrendatario...”, que esa figura no implica la posibilidad de una prórroga y que, por tanto, no es el “...primitivo contrato el que va a seguir rigiendo, sino uno nuevo, que puede acordarse o celebrarse con sujeción a las circunstancias, especialmente en cuanto a precio y condiciones de utilización de la cosa arrendada...”.

En ese sentido, el derecho de renovación que recae sobre el arrendatario es una facultad de la cual podrá o no hacer uso, con independencia de las diferencias que surjan frente a los nuevos términos del contrato, en cuyo caso el contrato continúa mientras las partes directamente las zanján, o la intervención del juez define las mismas.

Así, en sentencia T-769 de 2005 de la Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, señaló:

⁵⁵ Bonivento, José Alejandro, Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, 11 ed.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de abril de 2010. Referencia 11001-3103-003-2006-00728-01. Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete.

Las diferencias que surjan de la renovación, de acuerdo al artículo 519, “se decidirán por el procedimiento verbal, con la intervención de peritos”. Frente a este primer evento surge, entonces, una pregunta: ¿ante el conflicto presentado sobre los términos de renovación del contrato, el arrendamiento queda suspendido o expira, o el mismo se entiende que debe continuar su curso hasta que se emita el pronunciamiento judicial respectivo?. La respuesta, de acuerdo a la mencionada protección de la que es titular la empresa, debe ser que el contrato continúa vigente y en ejecución hasta que se le dé solución al conflicto”

3.12.2 Justificación

En las actas de la comisión redactora del Código de Comercio se justificó la consagración del derecho de renovación del contrato de arrendamiento, así:

“La primera idea fundamental que inspira el proyecto es, pues, la de ese elemento inmaterial de que se habla tiene toda entidad de un verdadero objeto de propiedad privada, distinto del objeto de la propiedad del arrendador, que debe protegerse en su propietario contra cualquier abuso del derecho del arrendador, y para evitar que este se enriquezca sin justa causa, aprovechando a labor de un inquilino a quien se priva de un derecho creado por él.”

“(…) La segunda idea fundamental que desarrolló el proyecto es la de que hay un interés general comprometido en la subsistencia de toda empresa o industria comercial (...)”⁵⁷

Comienza desde entonces a perfilarse ese interés general, ese orden público que el legislador quiere proteger y que implica el deber de cuidado y transparencia que debe exigirse de quiénes, es uso de las facultades en las mismas leyes comerciales contenidas, llegaren a vulnerar esos superiores intereses por una utilización ligera y/o malintencionada, deben observar.

La doctrina nacional se ha ocupado de precisar el alcance y justificación de este derecho al indicar:

“Si el propietario del inmueble donde funciona el establecimiento de comercio pudiese en cualquier momento desahuciar al inquilino para provocar la terminación del contrato y no prorrogarlo, podría aprovecharse del buen nombre, de la fama y de la clientela lograda por el empresario e instalar un establecimiento idéntico o similar al que allí funcionaba. Es indudable que el empresario que

⁵⁷Comisión Revisora del Código de Comercio. *Proyecto del Código de Comercio*. Imprenta Nacional, Tomo II. Bogotá (1958), p.37.

acredita un establecimiento de comercio atrae una clientela, la cual se orienta por el sitio que ocupa; y ya acreditado, puede influir en todo un sector valorizándolo. Incluso ese intangible puede constituirse en un momento dado en el elemento más importante de todo establecimiento de comercio. Por todo esto, no se permite al propietario del local que abuse, ni se beneficie del esfuerzo y del trabajo del empresario.”⁵⁸

La Corte Suprema de Justicia, recogiendo diversos pronunciamientos sobre el punto, señaló⁵⁹:

“1.- Resulta patente la existencia actual de un conjunto de disposiciones destinadas a la protección de la actividad comercial, cuyo fundamento y venero se hallan en el interés general y superior de la sociedad y del Estado, comprometidos como están en el mantenimiento de la estabilidad de las empresas, la subsistencia de las formas organizadas de acción económica y la continuidad del comportamiento empresarial, por cuanto en las naciones modernas éstas representan importante factor de desarrollo y de equilibrio social. Esas normas constituyen, entonces, especial amparo al comerciante para que no se vean apagados o reducidos los resultados de sus esfuerzos por generar y preservar la fuente de empleo y de riqueza que el oficio mercantil supone.

Sirve también la equidad de inspiración a ese conjunto normativo, pues surge indispensable proteger la autoría del elemento inmaterial consistente en la acreditación del establecimiento y en la conquista de una específica clientela, fruto valioso que no deviene, como emerge obvio, de la conducta del propietario del inmueble, sino de la labor, la paciente espera, el impulso y la fructífera gestión del empresario; esta razón, por tanto, impone su resguardo frente a cualquier abuso en el que pudiera incurrir el arrendador, tendiente a evitar que se enriquezca sin causa alguna con aprovechamiento, evidentemente injusto, del derecho que ha sido creado por el esfuerzo del comerciante.

Precisamente, en esa dirección defensora del establecimiento, de su propietario y de la estabilidad económica y laboral que trae consigo la permanencia de la empresa, se ubican las reglas señaladas en los artículos 516 a 524 del Código de Comercio, entre las cuales sobresale, por su especial carácter, el derecho de renovación con que cuenta el inquilino que ha “...ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo...” negocio mercantil, quien, por la circunstancia de haber organizado y acreditado durante ese tiempo su proyecto, a la par que por haber cumplido sus obligaciones convencionales frente al arrendador, cuenta con la potestad de continuar utilizando el local mediante la

⁵⁸ Paucar Arrubla, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles*. Legis Editores, Decimocuarta edición. Bogotá (2015), p. 421.

⁵⁹ Sentencia de abril de 2010, M.P. César Julio Valencia Copete, Exp 00728-01.

explotación de su actividad, salvo que, amén del incumplimiento contractual, el arrendador lo requiera para su propia habitación o con el fin de establecer una empresa sustancialmente diversa de la del arrendatario, o que deba ser demolido o reconstruido con obras de imposible realización sin el desalojo”.

3.12.3 Carácter imperativo de las normas que regulan el derecho de renovación

Teniendo en cuenta la especial protección que el legislador quiso dar al comerciante arrendatario, se establece pues el carácter de orden público e irrenunciabilidad, entre otras, de las normas que regulan el derecho de renovación. Al respecto establece el Código de Comercio:

Art. 524 “La regulación que sobre esta materia trae el Código de Comercio en sus artículos 518 a 523 no puede ser derogada por la voluntad contractual (...)

No puede pues, renunciarse a la renovación, ni ampliar las causales para la no renovación o restringirlas, como tampoco se podrá fijar un término menor o superior para esta o renunciar o limitar las indemnizaciones a que pueda tener derecho el empresario (...)”⁶⁰

Sobre el carácter irrenunciable de este derecho, señaló la Corte Suprema de Justicia:⁶¹

“(...) 1.2.- Como quiera que el establecimiento de comercio, entendido como un conjunto de bienes particularmente afecto por el empresario, para realizar los fines propios de la empresa en forma organizada, exige, en interés general, una protección específica que garantice su estabilidad y continuidad, el Código de Comercio incluye como uno de los bienes mercantiles a tal tipo de establecimiento, del cual forma parte esencial el contrato de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al mismo de los locales en que funciona, así como las indemnizaciones que conforme a la ley se deban al arrendatario comerciante por el arrendador del local, conforme a lo dispuesto por los artículos 515 y 516 del Código de Comercio.

2.- Siendo ello así, las normas contenidas en los artículos 518 a 524 del Código de Comercio, que regulan lo atinente al arrendamiento de los locales comerciales, son de orden público, y, a tal punto, que en la última de las normas citadas expresamente se preceptúa por el legislador que los pactos en contrario celebrados por las partes no producirán ningún efecto, esto es, que la voluntad de los particulares para alterar lo dispuesto por el legislador respecto de este contrato, ha de

⁶⁰ Paucar Arrubla, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles*. Legis Editores, Decimocuarta edición. Bogotá (2015), p. 440.

⁶¹ Sentencia de 8 de octubre de 1997, M.P. Pedro Lafont Pianetta, Exp. 4818.

sujetarse a lo prescrito por la ley, pues las normas aludidas no son de carácter supletivo, sino rigurosamente imperativas. (Subrayas fuera)

En sentencia T-537 de 2009 de la Corte Constitucional, M.P. Humberto Sierra Porto, se hizo el siguiente análisis:

“Tratándose de arrendamiento de locales comerciales, las disposiciones contempladas en el Código de Comercio, son imperativas y por consiguiente no admiten ninguna estipulación en contrario. El ordenamiento comercial, considera al contrato de arrendamiento como un elemento del establecimiento de comercio (artículo 516 numeral 5).

Sea nuevamente oportunidad para resaltar ese bien tutelado, fundamento al carácter de esas normas consideradas como de orden público, que directamente tiene que ver con la obligación de preservar la estabilidad del comercio y el derecho constitucional a la libre empresa, la libre competencia y la iniciativa privada, contenido en el artículo 333 del Ordenamiento Superior.⁶²

3.12.4 Requisitos para la renovación

La ley mercantil colombiana exige al arrendatario, como condiciones para beneficiarse del derecho de renovación, no solo la legítima y continúa tenencia del inmueble por dos años - con el mismo establecimiento de comercio – sino también la especial condición de empresario que hace referencia al desarrollo propio de una actividad empresarial (art. 25. C.Co.).

Al respecto el profesor Cesar Gómez Estrada señala:

“El hecho de que el empresario debe haber gozado dos años continuos del local, a título de inquilino, significa para la ley que un término inferior a ese es insuficiente para que la labor del empresario haya logrado consolidar en torno al local un prestigio o good will con entidad suficiente para erigirlo en componente material y autónomo del establecimiento. Bien claro es el artículo en exigir que los dos años sean consecutivos; pero aunque así se hable, un deber de fidelidad al espíritu de la norma obliga a entender que lo que se quiso decir fue que la ocupación debía

⁶² Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (negrillas fuera de texto)

*perdurar continuamente por dos años, que es la manera de hablar que verdaderamente expresa ese concepto.*⁶³

No obstante lo anterior, y en aras de lograr un equilibrio frente al arrendador, el arrendatario perderá su derecho de renovación, o simplemente no gozará de ese derecho cuando haya incurrido en incumplimiento del contrato, tal y como lo señala el primer numeral del artículo 518 del Código de Comercio:

ARTÍCULO 518. DERECHO DE RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. *El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, salvo en los siguientes casos:*

1) Cuando el arrendatario haya incumplido el contrato; (...)

3.13. Las causales de no renovación: su manejo y requisitos de validez; el desahucio

3.13.1 Causales para impedir la renovación

El derecho a la renovación del contrato de arrendamiento, ya lo anunciamos, desaparece para el arrendatario solo en los casos contemplados en los numerales segundo y tercero del artículo 518 del Código de Comercio, que señala:

Derecho de renovación del contrato de arrendamiento. El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, salvo en los siguientes casos:

(...)

2) Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario, y

3) Cuando el inmueble deba ser reconstruido, o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva.

⁶³ Gómez Estrada Cesa, "De los Principales Contratos Civiles", Ed. Temis 2008

Frente a la causal contemplada en el numeral segundo, señala el citado profesor Gómez Estrada que, *“define en favor del propietario del inmueble el conflicto entre sus propios intereses y los del arrendatario. La solución legal considerada como fácilmente se advierte, coincide con la que dentro del régimen de control de arrendamientos constituye uno de los pocos casos en que el arrendador puede ponerle fin al contrato y exigir la restitución del inmueble. Pero es claro que esta solución no puede ser utilizada por el arrendador como mero instrumento para burlar los intereses legítimos del arrendatario, sea incurriendo en abuso de su derecho”*⁶⁴. (Subrayas fuera)

Frente a la causal a que se refiere el transcrito numeral 3º, la necesidad de las reparaciones o reconstrucciones, éstas deben obedecer a un real estado de deterioro del inmueble, que implica necesariamente que debe ser desocupado para llevar a cabo las mismas; claramente no puede tratarse de unas reparaciones menores o, locativas.

Frente al punto, el mismo Dr. Gómez Estrada señala que: *“La segunda de las hipótesis de excepción consideradas gira en tono al estado físico del inmueble: a consecuencias de un terremoto el edificio deba ser reconstruido; se requieren hacer las reparaciones necesarias, de las que el artículo 1985 del CC pone a cargo del arrendado y que el 2024 ibidem erige en motivo para hacer cesar el arriendo, peor en todo caso reparaciones que no pueden llevarse a cabo sin desocupación del local comercial(…)”*⁶⁵ (Subrayas fuera)

Esta causal lleva además aparejado, ya también se mencionó, otro derecho del arrendatario denominado derecho de preferencia consagrado por el artículo 521 del Código de Comercio, según el cual, hechas las reparaciones necesarias, la reconstrucción o la obra nueva, el desahuciado tendrá derecho a que se le prefiera en el arrendamiento del bien.

Obsérvese cómo el uso y acceso a esas causales de no renovación, consagradas en protección del derecho de propiedad del dueño del local, pero en especial en protección del propio inquilino, avisan sin lugar a confusiones, el cuidado y claridad de la que debe estar rodeando su uso. No son pues simples afirmaciones que bastará referir al arrendatario por parte de su arrendador al momento de su notificación de desahucio, como adelante se verá, sino que incorporan cargas legales que deben ser examinadas y analizadas al revisar controversias referidas con la aplicación de este tipo de prerrogativa.

3.13.2 El Desahucio

Para hacer efectivas las excepciones del derecho a la renovación de los ordinales 2º y 3º del artículo 518, establece el artículo 520 del Código de Comercio que el propietario debe desahuciar al arrendatario con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de

⁶⁴ Ob. Cit.

⁶⁵ Ob. Cit

terminación del contrato, so pena de que éste se entienda prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial.

Al respecto ha señalado la jurisprudencia que:

“...salvo caso de incumplimiento del contrato por el arrendatario, el arrendador, cuando desee recuperar para los fines señalados en los numerales 2° y 3° del artículo 518, debe dar al inquilino un desahucio con no menos de seis meses de antelación a la fecha de terminación del contrato, lapso que se estima suficiente para que aquél tome las medidas pertinentes a reducir o eliminar los perjuicios derivados de un traslado apresurado o intempestivo”.

Frente a la forma como debe hacerse el desahucio, la ley guarda silencio. Al respecto la doctrina ha considerado que puede ser verbal o escrito, siempre y cuando se precise la causal taxativa permitida por la ley para enervar el derecho de renovación, causal que debe ser seria y estar sustentada en una finalidad real. Por el contrario, si el arrendador no cumple con la carga de desahuciar, o lo hace deficientemente, su conducta implica que deberá soportar otro periodo de renovación del contrato. Lo anterior no significa que el aviso deba estar acompañado de soportes y pruebas de la causal alegada, pero si obedecer a una motivación sustentada en la realidad

Es importante indicar los efectos y consecuencias que ese silencio legal pueda acarrear en la vida de los negocios cuando se esté haciendo uso de este procedimiento para poder enervar al derecho de renovación por parte del propietario del inmueble arrendado. Una primera y simple conclusión podría ser que se trata este desahucio de una situación de mera forma y que, como el artículo 520 no regula la forma ni requisitos para este aviso, éste es una mera formalidad informativa.

Pensamos que esta no puede ser la conclusión acertada, teniendo en cuenta, como lo hemos desarrollado en estas líneas, la especial protección legal y constitucional que se quiere prohiar al arrendatario-empresario con derecho a la renovación de su contrato, motivo por el cual debe atenderse a la disposición del artículo 8º de la ley 153 de 1887, antes ya referenciada, que trae para el caso de silencios legales.⁶⁶

Dicho de otra manera, se impone acudir a las normas generales y a los principios generales del derecho aplicables a todo acto jurídico, para, frente a un asunto que reviste tantas protecciones por parte del legislador, tener por superada la prueba de solidez y fundamento a la que debe someterse el desahucio de un contrato de arrendamiento comercial.

⁶⁶ ARTÍCULO 8 ley 153 de 1887. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Todo lo dicho debe analizarse en contexto con el artículo 522 del C de Co. que establece las consecuencias cuando se incumple la finalidad invocada en el desahucio, y la responsabilidad civil de indemnizar al arrendatario como consecuencia de ese incumplimiento, al señalar:

“Casos de indemnización del arrendatario Si el propietario no da a los locales el destino indicado o no da principio a las obras dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la entrega, deberá indemnizar al arrendatario los perjuicios causados, según estimación de peritos. Igual indemnización deberá pagarle si en esos mismos casos arrienda los locales, o los utiliza para establecimientos de comercio en que se desarrollen actividades similares a las que tenía el arrendatario”.

Es importante anotar que el artículo 522 parte que hubo una causa real y seria para desahuciar y que el arrendador asumió un compromiso que a la postre no fue cumplido por él, cuando efectuó el respectivo desahucio impidiendo así el derecho de renovación. Debe pensarse que en ausencia de esa causa real y seria para desahuciar, ya también antes lo advertimos, ese remedio sancionatorio de la indemnización *a posteriori* no sería el aplicable, sino que cabrán las sanciones propias que la misma ley trae frente a los abusos y/o violaciones a ella en la que se incurra por los contratantes respecto de sus actos y declaraciones de voluntad.

Al respecto ha señalado la jurisprudencia:

“2.- Aunque el desahucio, efectuado debidamente, como se dijo, releva al arrendador de indemnizar al arrendatario los daños causados, lo mismo no puede decirse cuando, entregado el inmueble, aquél no cumple el compromiso especial que adquirió para impedir la renovación del contrato de arrendamiento, en el caso, la demolición del inmueble y la iniciación de la obra nueva, todo dentro de los tres meses siguientes (artículo 522 del Código de Comercio), con lo cual se evita, precisamente, que la restitución de los locales se haga defraudando la ley, mediante la creación de situaciones ficticias. ”

En otras palabras, al momento de alegarse la causal que busca enervar el derecho de renovación del arrendatario, su sustento debe existir, con independencia de que por motivos ajenos o no a la voluntad del arrendador se dé cumplimiento a la causal invocada.

Este aspecto será determinante para establecer si hay o no lugar a indemnización en los términos del artículo 522 del C de Co. y las normas de responsabilidad que regula el código civil, o si por el contrario la regulación correctiva a ese sustento irregular o inexistente es el que la ley contiene, ya se dijo, para los actos que adolezcan yerros y afectaciones a los principios generales como la buena fe, la corrección contractual y hasta la ilicitud en la causa y/o en el objeto de esas declaraciones de voluntad reprochables.

En efecto, mal podría la ley patrocinar, por ir en contravía de la buena fe contractual, implicar un abuso de los derechos y eventualmente un fraude a la ley, es que sin sustento y seriedad alguna se invoquen las causales para impedir la renovación, sustentadas en situaciones que no existen al momento de su invocación o que *a priori* se sabe que van a ser incumplidas.

3.14. La realidad del contrato suscrito entre las partes – estudio del desarrollo del contrato – lo efectivamente probado.

3.14.1. La posición de las partes

3.14.1.1. La posición de la Convocante

En los hechos de la demanda integrada, la parte Convocante afirma que el 12 de marzo de 1998 se firmó un contrato de arrendamiento entre Hernando Herrera Lozano, como arrendador, y Carulla y Cia S.A., como arrendatario, sobre los locales No. 17 y 18 del Centro Comercial Cedritos Plaza 140, ubicado en la Calle 140 No. 23-61, contrato éste que fue cedido por parte Carulla Vivero S.A. a Olímpica S.A., el 17 de julio de 2007. El 6 de septiembre de 2016, a su vez, el arrendador notificó al arrendatario la cesión que hace del contrato a favor de la sociedad Sistema Radial K.

Estos hechos fueron aceptados por la parte Convocada en la contestación de la demanda (Folios 234 y 234 Cuaderno Principal 1)

El mencionado contrato, al decir de la parte, tuvo una duración inicial de 5 años y se prorrogó automáticamente hasta el 31 de marzo de 2018 -según la Convocante- prórroga que fue hasta el 31 de marzo de 2023 -según la Convocada-.

De acuerdo con el escrito de la Convocante y ante el acaecimiento del vencimiento del plazo de terminación, el arrendador exploró multiplicidad de vías para continuar con la explotación del inmueble como fueron:

- i) buscar el reajuste del canon,
- ii) acordar una terminación de mutuo acuerdo y
- iii) buscar un nuevo arrendatario.

Según la misma Convocante, al no poder llegarse a un acuerdo respecto del monto de nuevo canon para la renovación, el arrendador inició la búsqueda de nuevos arrendatarios y procedió a ordenar un avalúo por parte de la Lonja de Bogotá que definiera comercialmente tal valor, experticia que dio como resultado de su estudio que un canon de arrendamiento para el

inmueble afectado sería de \$25'416.750 por mes, cifra muy superior a los \$13'284.142 que pagaba el arrendatario para esa época.

Afirmó la misma Convocante que dado lo gravoso y desequilibrado de la situación, no haberse podido llegar a acuerdos con su inquilino y desarrollo de internas reflexiones al seno de la sociedad arrendadora, el 14 de noviembre de 2017, con más de 6 meses de antelación envió una comunicación al Convocado invocando las causales 2 y 3 del artículo 518 del Código de Comercio. (Folios 33 a 37 del Cuaderno de Pruebas 1) como sustento de su decisión de no dar por renovado en contrato en ejecución.

Dado el vencimiento del contrato invocado por la Convocante, ésta ha rechazado el pago de los cánones que han seguido siendo pagados por la Convocada mediante transferencia mensual, con el reajuste convenido al tenor del contrato en ciernes.

La parte Convocante al considerar terminado el contrato entiende que la Convocada ha incumplido con la obligación de restituir.

3.14.1.2. La posición de la convocada.

Por su parte la Convocada considera que el desahucio del que objeto, conforme lo atrás expuesto, es ineficaz de pleno derecho por cuanto -en su decir- las normas del Código de Comercio obligan a invocar de manera clara y precisa la causal respectiva que se aduce para la no renovación a la que se tendría derecho, lo cual no sucedió, puesto que al tenor de la comunicación recibida, ésta simplemente remite al artículo 518, numerales 2º y 3º, el soporte de la decisión del arrendador de no permitir esa renovación de la que hemos venido analizando.

3.14.2. Consideraciones del tribunal- lo efectivamente probado

Resalta el Tribunal cómo ninguno de los documentos allegados por las partes a lo largo del debate fue objeto de tacha ni de desconocimiento, motivo por el cual los tendrá como pruebas en los términos del Código General del Proceso.

El Tribunal encuentra probada la siguiente realidad contractual:

1.- Está probada la existencia del contrato de arrendamiento entre las partes sobre los locales comerciales No. 17 y 18 del Centro Comercial Cedritos Plaza 140, ubicado en la Calle 140 No. 23-61, donde la parte Convocada explota un establecimiento de comercio. (Folios 2 a 13 del Cuaderno de Pruebas 1).

2.- Están probadas las cesiones del contrato inicial realizadas y aceptadas por las partes, que prueban la calidad actual de arrendador de la parte Convocante y de arrendataria de la parte Convocada. (Folios 15 a 21 del Cuaderno de Pruebas 1).

3.- Está probado que el arrendador envió al arrendatario una comunicación de fecha 14 de septiembre de 2017 con el asunto *"Notificación de no renovación del contrato de arrendamiento de los locales 17 y 18 del Centro Comercial Cedritos Plaza 140."*, en la que invoca los numerales 2 y 3 del artículo 518 del Código de Comercio como soporte de su determinación de no renovación. (Folios 28 a 37 Cuaderno de Pruebas 1)

4.- Se encuentra también probado que el contrato en análisis se desarrolló normalmente y no se evidencia que el arrendador a lo largo de su ejecución por cerca que quince (15) años haya hecho requerimiento alguno o manifestado alguna objeción al canon de arrendamiento o su regulación contractual, tema que solo fue tratado antes del vencimiento de la última prórroga es decir para el 2017.

5.- Se encuentra probado de los hechos de la demanda (12, 13,14,15,16 Folios 204 y 205 del Cuaderno Principal 1) que, a partir del año 2017, la Convocante consideró que el canon no era el adecuado e inició un proceso de directa negociación con su inquilino, tendiente a regularizarlo de mutuo acuerdo, lo cual no se había logrado hasta el momento de la decisión de no renovación y la remisión del correspondiente desahucio.

Lo anterior está acreditado, en la demanda, como se dejó visto y también quedó evidenciado en el testimonio de las Señora **AYDA PATRICIA HERRERA ALVARADO**, quien además de ser hija del representante legal de la Convocante funge como administradora de los inmuebles.

En dicho testimonio practicado el 12 de junio de 2019 (Folios 300 a 310 del Cuaderno Principal 1) se advierte:

"SRA. HERRERA: Perdón, y para poder tener unas conversaciones acerca como del ajuste, en el 2017 al ver que no hubo ningún acercamiento acerca del tema del ajuste ni nada porque realmente el canon que estaban pagando no era lo ideal en ese sitio, entonces tomamos la decisión de que el predio se está desperdiciando, no está pagando lo considerable y decidimos pedir el predio para explotarlo por nosotros mismos, o sea, para hacer un negocio propio de nosotros, eso es en el 2017 y a raíz de eso no hemos tenido ninguna respuesta positiva y eso pues nos ha perjudicado bastante porque no hemos podido avanzar. (resaltamos)

Nosotros somos una empresa en crecimiento y pues queremos expandirnos un poco más en los negocios y a raíz de eso no hemos, nos tienen frenados esa parte, no, nos podemos ampliar, eso es como más o menos un resumen corto de lo que está pasando."

6.- Se probó, en relación con la realidad, existencia y seriedad de las causales invocadas en la comunicación mencionada:

6.1.- Causal número 2 del art. 518 C.de.Co.

Respecto de su realidad y soporte nada se dice en la comunicación del 14 de septiembre de 2017 sobre esta causal,

Del testimonio de **AYDA PATRICIA HERRERA ALVARADO**, en relación con esta causal, al ser interrogada sobre el particular expresó, y de la transcripción, se lee:

“DR. ORTEGÓN: ¿En qué momento toman la decisión Sistema Radial K en solicitarle a Supertiendas Olímpicas que le devuelva el inmueble?

SRA. HERRERA: Pues al ver que no llegamos a ninguna negociación, a ningún ajuste, entonces dijimos preferiblemente usamos el predio para un negocio propio, eso fue en el año 2017, sino estoy mal, antes de que fuera el vencimiento de los últimos, sino estoy mal antes de que fuera el vencimiento de los últimos, del término del contrato, entonces con los tiempos pertinentes hicimos la solicitud para poder usar el predio nosotros mismos y poderle hacer unos ajustes, también antes de cualquier cosa mandamos como hacer un análisis del estado actual del predio y también dijimos bueno, entonces aprovechamos, lo tomamos nosotros y antes de tomarlo nosotros pues hacemos los ajustes pertinentes que se daban hacer porque hay que hacerle algunos ajustes.

DR. ORTEGÓN: Usted contestó, pero para puntualizar, ¿entonces cuáles fueron las razones por las cuales ustedes solicitaron la devolución del inmueble?

DR. ORTEGÓN: Primero, porque lo necesitamos para uso propio y nuevamente para hacerle los ajustes pertinentes porque pues ya lleva bastante tiempo y es un predio que ya necesita remodelación y ajustes, pues más que todo por eso.

(...) DR. VILLA: ¿Perdón doctor Sebastián, durante la ejecución del contrato era usual por parte de Radial K hacer ese tipo de inspecciones del estado del inmueble?

SRA. HERRERA: No, nosotros lo hicimos porque ya habíamos tomado la decisión de que necesitábamos el inmueble para nosotros.

DRA. OTERO: ¿Cuando usted dice que necesitaban saber el estado del inmueble, para saber qué clase de negocio poner?

SRA. HERRERA: No, es para negocio propio, pero cómo lo vamos a tomar, entonces dijimos bueno, eso lo hago yo con todos los predios, no, me entregan y yo mando a mirar en qué estado está para saber qué reparaciones se deben hacer o qué ajustes se deben hacer, entonces ese fue el proceso que hicimos.

(...) DRA. LÓPEZ: ¿Y la otra pregunta que le iba hacer, para ese momento cuando usted dice que preferían entonces un negocio propio o hacer algo propio ya tenían definido qué iban hacer?

SRA. HERRERA: Nuestra empresa es bastante amplia, nosotros trabajamos en medios de comunicación y trabajamos también en inmuebles, en propiedades de finca raíz, entonces estábamos detallando eso, pero yo creo que nos vamos a expandir en tipo de negocio que nosotros manejamos actualmente.

DRA. LÓPEZ: O sea, ¿qué?

SRA. HERRERA: Que podemos colocar otra sede de nosotros mismo ahí o podemos colocar, o sea, todavía lo estamos examinando, pero opciones tenemos bastantes abiertas por lo que nuestra razón social se expande bastante y somos muy abiertos a la parte de inmuebles, entonces estamos todavía manejando ese tema.

DR. VILLA: Doña Ayda entiendo su respuesta que a la fecha no es claro para Radial K cuál va a ser el destino final del inmueble.

SRA. HERRERA: Pues para nosotros, para uso propio, pero lo podemos manejar, o sea, nuestra empresa es muy abierta en poder de, cómo se llama eso, en lo que hacemos, entonces podemos expandirnos, pero estamos todavía pensándolo, o sea, tenemos muchas opciones, toca es definirnos ya, pero pues como no nos han podido devolver.

DR. VILLA: Sí, perdón que le insista, pero pues no conozco en detalle el predio, me ubico porque por ahí he pasado, pero pues es un predio grande, o sea, es un tema que, para ser propio en esa capacidad de metraje, me llama la atención que aún no se sepa qué se va a hacer con tanto metro.

SRA. HERRERA: Nosotros teníamos la idea de montar 2 oficinas de inmobiliarias ahí y creo que nos vamos a ir por ese lado, pero todavía no estoy muy segura por lo mismo, porque como se nos ha frenado mucho el tema, entonces eso nos tiene bloqueado como para avanzar y decir, bueno, si empezamos a hacer esto y si no se nos da, esperamos a ver qué realmente va a pasar, si nos van a regresar el

inmueble para poder ya tomar una decisión definitiva.” (Lo subrayado lo resalta el Tribunal)

Del testimonio recibido de la deponente le queda claro al Tribunal:

1. No hubo tratativas entre las partes diferentes al ajuste o incremento de un nuevo canon de arrendamiento.
2. La decisión de no renovación, amparada en esta causal y para el momento en que adoptó la determinación, no corresponde a una claridad de destinación para el inmueble, diferente a *“algo propio”*.
3. La arrendataria fue sorprendida con el aviso de desahucio en los términos ya atrás expuestos, sin que mediara noticia de la intención de su arrendador de no renovar el contrato en desarrollo desde tiempo atrás y como respuesta al no acuerdo frente al incremento del canon.

Igualmente existe en el mismo sentido y respecto de la solidez y origen de esta causal, el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la Convocante, señor **HERNANDO HERRERA LOZANO**, el 13 de junio de 2019 (Obrante a Folios 316 a 321), del cual se rescata:

“SR. HERRERA: (...) Al no haber ningún arreglo, entonces es donde yo digo, yo soy comerciante, yo tengo varios negocios, venga yo cojo el local, el local no está ganando lo que debe ganar, entonces decido completamente, digo, pido el local en su oportuno tiempo para negocio propio, pero antes de poner el negocio propio tengo que mirar el estado del local, mandé al ingeniero, mira por encima, por encima no más lo primero que es hay que cambiarlo, si va a poner negocio propio don Hernando o Radial K tiene que renovarlo y ahí sí ponga su negocio propio porque no se llegó a un arreglo con ellos.

(...) DR. VILLA: Sí, perfecto. Pero la pregunta que le quiero hacer yo y que quiero tener claro es que frente a esta situación de falta de convenio en relación con el tope del canon por las circunstancias que se han venido exponiendo, se plantean algunas posibilidades como buscar un tercer inquilino que ocupe el local previo a un acuerdo con Olímpica, asumo yo, asumir y optar para utilizar el local para una actividad propia como lo está manifestando en este momento los documentos y el decir de la demanda, la pregunta que le quiero hacer es si esas opciones, si esas posibilidades se discutieron o simplemente nunca se hablaron?

SR. HERRERA: De nuevo inquilino no, yo evaluó la posibilidad, pero nunca concreto, nada del nuevo inquilino.

DR. VILLA: No se conversa con Olímpica, yo voy a tomar el local para mí, tengo la posibilidad.

SR. HERRERA: Hasta que tomó la decisión, cuando ya tomó la decisión, es decir, no se pudo, yo envió de una vez carta y digo no, no voy a renovar, no renuevo el contrato. (Las subrayas son del Tribunal)

De la confesión resultante del interrogatorio de parte, este Tribunal además concluye:

1.- Al fracasar la posibilidad de un reajuste del canon por mutuo acuerdo, es que el arrendador decide dar por terminado el contrato, invocando para ello la causal 2ª del artículo 518 del Código de Comercio. Empero, quedó demostrado que, tanto, al momento del desahucio, como en la actualidad, el Convocante no tiene la claridad ni la voluntad fehaciente de tomar para sí el inmueble, puesto que no sabe qué hará con el inmueble, ni tampoco cuál es el negocio propio con el que ocupará el local.

2.- A pesar de invocarse como causal para no renovar el contrato, la necesidad de usar los inmuebles para la propia habitación o para un establecimiento propio destinado a una empresa sustancialmente distinta a la que tiene el Convocado, esto no se encuentra probado y no hay soporte a que tal necesidad sea cierta, todo lo contrario, quedó demostrado que la real voluntad de la Convocante es readquirir la tenencia del bien por cuanto considera que no está rentando lo suficiente, incluso llegando a confesar que han buscado nuevos inquilinos.

6.2.- Causal número 3 del art. 518 C.de.Co.

De la misma forma que para el numeral anterior, se observa en la comunicación que nos ocupa al momento de informar sobre la no renovación del contrato, que se invoca como fundamento la presencia de la causal 3ª del artículo 518 del Código de Comercio, sin dar más explicaciones.

A lo largo del debate probatorio, sobre el tema solo se decretaron y practicaron pruebas testimoniales sobre el asunto, de las se pudo determinar lo siguiente:

6.2.1.- Del testimonio de la señora Ayda Herrera, se extrae:

“DR. ORTEGÓN: Usted contestó, pero para puntualizar, ¿entonces cuáles fueron las razones por las cuales ustedes solicitaron la devolución del inmueble?

DR. ORTEGÓN: Primero, porque lo necesitamos para uso propio y nuevamente para hacerle los ajustes pertinentes porque pues ya lleva bastante tiempo y es un predio que ya necesita remodelación y ajustes, pues más que todo por eso.

DR. ORTEGÓN: ¿Cuándo usted hace referencia a ajustes del predio, qué ajustes eran o cuál fue la gestión que hizo Sistema Radial K para determinar qué ajustes se necesitaban?

SRA. HERRERA: Nosotros contactamos una persona idónea en el tema de ingeniería, de arquitectura y toda esta parte, y que nos dijera el estado actual porque donde tomamos la decisión de decir, bueno, entonces a lo que están pagando preferimos explotarlo nosotros mismo a un negocio propio, que no se justifica el valor, entonces mandamos a hacer, contratamos una persona que nos dijera que cuál era el estado del inmueble para poder saber qué podríamos llegar hacer, entonces se contrató una persona para que pudiera explicarnos y mirar cuál es el estado actual del predio antes de llegar a tomar una decisión para nosotros saber qué negocio poder poner.

(...) DRA. LÓPEZ: Perdón señora Ayda, esas modificaciones o esa inspección que se hizo para las modificaciones que tocaba hacerle al inmueble eran estructurales, había que entrar a hacer obras de gran magnitud o cómo puede usted que no es arquitecta.

SRA. HERRERA: Yo no soy arquitecta.

DRA. LÓPEZ: ¿Pero digamos, era de gran magnitud esa?

SRA. HERRERA: Sí, toca hacer unos arreglos total, o sea, algo tan básico que tengo presente, es el cambio de la teja, precisamente no vamos tan allá, ayer estaban diciendo lo del asbesto, las tejas son de asbesto, entonces para empezar toca hacer todo el cambio de tejas, o sea, toca cambiar absolutamente toda la cubierta, llamémoslo así, no sé mucho de arquitectura y eso, peros sí toca hacer más que todo, o sea por ejemplo, inicialmente el asbesto que es súper malo y sí toca hacer unos ajustes para hacer eso, pero yo creo que eso lo puede explicar más el arquitecto."

6.2.2.- Por petición de la parte Convocante se citó como testigo al Señor **JUAN FERNANDO MARTHAN SÁNCHEZ**, ingeniero civil que fue contratado por el arrendador para verificar el estado del inmueble, tal y como lo verificó lo dicho por la deponente Ayda Herrera.

De su testimonio, practicado el 13 de junio de 2019 (Obrante a Folios 310 a 315), se aprecia lo siguiente:

"SR. MARTHAN: Listo. Mi nombre es Juan Fernando Marthan, tengo 28 años, soy ingeniero civil, tengo una especialización en gerencia de proyectos de construcción, básicamente yo fui contactado por la empresa Sistema Radial K para hacer una asesoría, digamos, del estado actual del inmueble de Olímpica, eso fue como fui contactado y me dijeron, necesitamos que haga un análisis de esa estructura.

Yo fui, digamos que lo que hice fue revisar a simple vista la integridad estructural, todo se veía totalmente normal, las columnas se veían bien, la cimentación no es posible observarla a la vista, entonces no puedo decir nada al respecto, lo que sí sé es que las columnas están bien, encima del cielorraso no se ve nada, digo, el cielorraso se ve bien, encima del cielorraso no puedo ver lo que estaba encima, entonces no sé, hasta ahí bien.

Después, subí al techo a la cubierta y ahí fue cuando encontré el único inconveniente en el análisis de ese inmueble, que es las tejas como tal, el sistema de apoyo de las tejas no sé porque no lo puedo ver, pero sí las tejas como tal, las tejas encontré 2 posibles riesgos.

El primero es el estado de las tejas, está un poquito deteriorado, hay partes donde se ve que están como quebradas, un posible riesgo, digamos si alguien llega a reparar puede que se caiga, hay unas partes que están reparadas, por decirlo, como arteramente, hay unas partecitas que tiene unos plásticos ahí como dudosos.

El segundo riesgo es el material de la teja, ustedes saben que ahorita está como en furor el tema del asbesto, esas tejas son de asbesto, digamos que debería procurar cambiarlas pues por el tema que ahí se almacenan alimentos y todo este tema, eso fue lo que encontré en mi visita, no pude ver planos estructurales, entonces por eso le digo que la estructura pues la encontré bien a la vista, no puedo asegurar que esté bien ahí porque no vi los planos y digamos que no había ninguna falla en ninguna columna, se veía bajo totalidad normalidad.

(...) DR. VILLA: Usted recuerda la fecha, por favor de esa intervención, ¿de esa visita suya cuándo fue y qué extensión de tiempo le demandó?

SR. MARTHAN: No, me demandó fue cuestión de, eso fue por ahí tal vez una media hora, fue una media hora y eso fue como a mediados, eso fue hace como 1 año, eso como a mediados del 2017 y me demoré media hora, lo que entré, no tenía planos, entonces miré las columnas, toda estaba bien y subí por el lado, por la escalera al tejado y ahí vi el tema de las tejas, fue media hora no más.

(...) DR. ORTEGÓN: ¿Usted después de haber hecho el estudio hizo recomendaciones respecto del que había que hacer obras al inmueble?

SR. MARTHAN: Lo que yo recomendé es que hay que remover las tejas, cierto, hay que remover las tejas y reemplazarlas con un material pues más, cómo decirlo, menos riesgoso para la salud de la gente y también para que no tenga tanto riesgo de colapsar en caso de que alguien llegue a subir, reemplazar las tejas.

DR. ORTEGÓN: ¿O sea, en su concepto había un riesgo de colapsar?

SR. MARTHAN: Pues digamos que si alguien se llegue a parar y se pisa donde no es, puede que sí se pueda caer, rompa el tejado.

DR. ORTEGÓN: ¿Y qué riesgo en su concepto y en el concepto que usted dio en su momento tenía el hecho de que el material de las tejas fuera el asbesto?

SR. MARTHAN: Que debería ser cambiado, es mejor ahorita evitar asbesto en cualquier tipo de construcción, ya digamos que no se debería usar en ningún uso y menos pues para almacenar alimentos, no?

DRA. OTERO: Perdón Sebastián. ¿Esa obra que usted dice del cambio de tejas implica que el inmueble tenga que estar desocupado?

SR. MARTHAN: Yo digo que sí, digo que sí porque qué pasa, cuando se remueve a teja, el asbesto es una fibra mineral que es casi que microscópica, es un polvo, cierto, entonces que en el momento de remover la teja muy seguramente va a caer polvo, él puede que sea polvo del ambiente, pero muy seguramente va a tener algo de asbesto, entonces en el momento de remover la teja, o sea, va a ser un movimiento forzado y brusco, seguramente casi 100% va a caer polvo y si estuviera vacío sería 100% ideal porque la gente que está se pone el tapabocas, pero pues con alimentos y con gente comprando que me imagino que es el caso de Olímpica pues no sería lo más ideal y menos con este tema de este asbesto que se describió recientemente que es cancerígeno.

(...) DR. VILLA: Sí, ¿cuánto calcula usted que se demora esa obra?

SR. MARTHAN: Yo le pongo por ahí unos, más de 1 semana llegando a los 15 días.

(...) DR. ORTEGÓN: ¿En su concepto ingeniero Marthan la obra que usted recomendó es necesaria para la preservación del inmueble?

SR. MARTHAN: Yo digo que sí, además desde mi punto de vista yo veo que ahí se están almacenando alimentos, entonces lo ideal es para evitar cualquier problema futuro que alguien después va decir fue que me enferme porque me comí algo que tenía, no sé, la gente puede decir eso, entonces es mejor, sí, yo digo que sí es necesario, yo lo haría.

(...) DR. VILLA: La pregunta que hace el doctor Navarro es si usted en su experticia como ingeniero tiene claridad si las cubiertas son bienes comunes de la copropiedad o por el contrario son bienes propios del inmueble, la pregunta es si con su experticia y con sus conocimientos en ingeniería, en construcción conoce esas diferencias técnicas o si no las conoce no tiene por qué conocerlas, ¿la pregunta es si usted sabe eso o no dentro de su conocimiento y experticia como ingeniero?

SR. MARTHAN: Digamos que no tendría muy claro exactamente si eso es zona de uso común o si es de uso privado, si es propiedad privada o no, no tendría la capacidad de explicarles pues sin inventarles, no sé.

DR. NAVARRO: Fuera que usted ha manifestado que para cambiar las tejas se requeriría de la ocupación del inmueble, usted se reafirma en el hecho de que encontró el estado del inmueble es óptimo, ¿que no requiere unas reparaciones?

SR. MARTHAN: No, lo que les dije del tejado en mi opinión... (Interpelado)

DR. NAVARRO: Fuera del tejado.

SR. MARTHAN: ¡Ah! Fuera del tejado, no, yo vi la estructura, la estructura la vi bien, digamos que sin poder dar un parte con planos y un análisis mucho más profundo, más demorado, pero las columnas se ven bien, no se ven agrietadas, el piso se veía bien no se veía agrietado." (Las resaltas son del Tribunal)

De las pruebas testimoniales recaudadas sobre este tópico, este Tribunal tiene por establecido que, si bien se invocó la causal tercera, no se evidencia que exista la necesidad de realizar una reparación por lo menos de la magnitud que exige la ley, que justifique enervar el derecho de renovación sacrificando la protección al empresario, pues como se dijo, esta causal no obedece a cualquier reparación sino a una de tal entidad que esté precedida de amenaza de ruina, lo que justifica una desocupación del inmueble.

Del testimonio de la Señora Ayda Herrera se tiene por probado:

1. Solamente cuando se resuelve no renovar el contrato es que se contrata a un ingeniero para que revise el estado de la construcción.
2. Las reparaciones que eventualmente se harían eran “algo básico”, como un cambio de tejas puesto que el inmueble, resaltamos, llevaba tiempo sin atender.

Del testimonio del Ingeniero Marthan se tiene por probado:

1. Fue contratado para hacer una visita de inspección sin que se le suministraran planos ni insumos constructivos para una opinión profunda. Era una revisión rápida.
2. Su examen duró media hora, durante la cual, y ante la ausencia de soportes documentales, se limitó mirar las columnas, a subir al techo y a mirar el estado de las tejas.
3. Su recomendación es cambiar las tejas de asbesto por otro tipo de cubierta, no porque amenacen ruina, sino como medida preventiva.
4. Para el desarrollo de la obra sugerida es conveniente, mas no necesario, desocupar el inmueble.
5. El tiempo de duración de la obra, calcula él, es de una semana extensible hasta quince días.

Respecto de la realidad y solidez de la existencia de esta causal para no renovar el contrato de arrendamiento en ejecución, concluye el Tribunal que es ella inexistente, falaz y aparente, no corresponde con las concepciones que la ley contiene y que atrás se expusieron respecto de la dimensión y calidad que debe revestir una obra para que amerite restringir la protección de los derechos de un arrendatario, lo que deja serias reservas respecto de la seria y real intención del arrendador al haber hecho uso de la facultad que la ley le concede cuando, de verdad, el inmueble arrendado de su propiedad, presente ese riesgo que no permita la continuidad de un arrendamiento de antigua data.

A esta conclusión llega el Tribunal en ejercicio de la sana crítica, pues observa que el experto contratado manifestó que en su inspección no le tomó más de media hora para él emitir el dictamen, recomendación y/o sugerencia al dueño, que él encontró el inmueble en óptimas condiciones y que lo único que advierte es que las tejas están construidas en asbesto, por lo cual recomienda su cambio por otras de otro material, invocando una reglamentación que para el momento de la recomendación no estaba aún vigente.

Por otro lado, advierte también que tal obra sugerida, repetimos, tomaría en total una semana o a lo sumo quince días, lo cual, a criterio de este Tribunal, no se acompasa con la drástica consecuencia del artículo 518 de permitir dar por terminado un contrato de más de quince años de ejecución, a costa de la protección del comerciante.

En conclusión, quedó demostrado que la verdadera intención del desahucio fue obtener la restitución del inmueble, consecuencia de que no fue posible reajustar de consuno el canon. Está igualmente demostrado que el arrendador no tiene clara intención de ocupar el local para un negocio propio, pues aparte de que no tiene claridad cuál podría ser ese negocio, prefirió -al decir de su representante legal- darle algún uso en lo que buenamente se vería luego, que mantener el desequilibrio en canon, circunstancia que además cuenta con opciones legales para su solución, pero que prefirió desechar, buscando mejor la terminación del contrato de arrendamiento vigente.

Igualmente es claro para el Tribunal y lo tendrá por probado, que el arrendador tampoco requiere el inmueble para adelantar allí una reparación que sea necesaria para evitar una amenaza de ruina, y está además claro que ya ha adelantado conversaciones para conseguir un nuevo inquilino.

3.15 La situación y la suerte de las pretensiones planteadas por las partes, frente al resultado probatorio de la controversia

Durante la construcción de este escrito se ha venido señalando como, reviste especial importancia, habida cuenta de la protección legal, desarrollo de principios constitucionales como el enunciado en el art 333 de la Carta, el acto por el cual se exterioriza la decisión del arrendador de hacer uso de su facultad legal de interrumpir el derecho de su inquilino-empresario, cumplido, por supuesto, de renovar un contrato de arrendamiento que se encuadre dentro de las exigencias del art. 518 del ordenamiento mercantil.

Para el caso en estudio, amparados en el acervo probatorio examinado, en la sana crítica y en el comportamiento de las partes, no escapa a lo evidente que el origen de las desavenencias entre los litigantes, después de años de su relación contractual durante la cual, conforme el coincidente decir de ambos, no existieron molestias, reclamaciones, glosas ni retrasos puestos de presente, por lo que la paz contractual fue la característica que imperó durante este lapso, no despreciable por demás, fue un problema de orden económico: el valor del nuevo canon para la renovación que se avecinaba.

Por esta razón llamó primeramente la atención del Tribunal la singular actitud del arrendador quien, pese a esa buena relación que se evidenció, intempestivamente y sin mediar tratativa ni admonición anterior, sorprendió a su contraparte contractual con ese aviso de terminación que le cursara en los términos y oportunidades que se establecieron probatoriamente. Aquí encuentra el Tribunal una primera razón para su decisión.

Soportados en lo extensamente expuesto al inicio del escrito de esta providencia, se encuentra sin dificultad que todos los elementos que doctrinaria y jurisprudencialmente se expusieron como constitutivos de lo reprobable y sancionable a la luz de la Teoría de los Actos Propios,

prístinamente se consolidaron en este caso, toda vez que yendo el Arrendador en contra de sus propios actuares, a última hora y siguiendo solo sus personales intereses y prelações, unilateralmente pone fin a una relación contractual de estas características. Jamás se discutió nada diferente al precio del canon, ni se probó que hubiera existido noticia por parte del Arrendador de la no continuación del contrato.

Con este proceder se vulneró para el arrendatario su confianza legítima y sus legítimas expectativas, en cuanto a poder superar el real motivo de la desavenencia detectada, esto es, lograr, incluso con la intervención de autoridades jurisdiccionales, la normalización del equilibrio contractual que se echó de menos por el propietario del local, legítimamente soportado en la ley y en la realidad del mercado.

Esta intención de solución y regreso del equilibrio contractual se hizo para el arrendatario esperable aún más por parte del propietario, al pedir él -el dueño- por su propia iniciativa, esa experticia de la autoridad inmobiliaria que se respeta generalizadamente por los comerciantes, como lo es la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá, actuación que reforzó aún más, la expectativa del inquilino en un final acorde con la realidad comercial de la zona.

Por esta razón es claro para el Tribunal que la sociedad RADIAL K fue en contra de sus propios actuares, mensajes y procederes frente a Supertiendas Olímpica, vulnerando sus legítimas expectativas y faltando al principio de la buena fe contractual, al sorprenderla con el aviso de desahucio objeto de este examen, como así lo confesara su representante legal y validara su Gerente Administrativa en sus declaraciones.

Continuando con este trabajo de examen y evaluación por parte del Tribunal, igualmente se advirtió con base en la misma fuente y con el mismo insumo procesal, la presencia de un claro fraude a la ley por parte de RADIAL K, al buscar y aspirar ella a obtener, al amparo de los numerales 2º y 3º del art. 518 del Código de Comercio, la terminación del contrato, cuando lo que se prodiga en tales numerales no era la realidad que se vivía.

Conscientes los propietarios de la real causa de sus diferencias con su inquilino y siguiendo solo sus subjetivas razones y raciocinios (conforme lo expusieron al panel arbitral, el Representante Legal, su hija y Gerente Administrativa y su apoderado en la diligencia de alegaciones de cierre) ante la falta de acuerdo sobre el precio del canon, resaltamos, la real causa del problema, se quiso hacer ver frente a su arrendatario e incluso frente a este Tribunal, que el motivo de la terminación contractual era la apariencia de la existencia de dos de las causales consagradas en la misma normatividad para estos propósitos: la necesidad del uso propio y la necesidad de una obra civil que ameritara la no renovación.

Amparados en ese silencio que ya indicamos trae el art. 522 del Código en estudio respecto del acto mismo del desahucio, se quiso hacer creer que bastaba indicar mecánicamente, al amparo de una interpretación que, ya también dijimos, no se considera válida, que se quería acceder a ese derecho de recuperación del local, simplemente mencionando a cuál de las normas para tal propósito ellos se acogían, sin entrar en mayores detalles en su precisión, circunstancia que utilizó el demandado como pilar de su defensa.

Si bien es cierto, y así lo cree el Tribunal, el ataque al acto jurídico del desahucio que intentó el demandado amparado en esa falta de precisión es inane, puesto que, así como se predica del objeto de las prestaciones de los contratos, el cual, para ellas, existe la posibilidad de que queden sencilla o aproximadamente identificadas en el momento inicial para ser precisadas y/o perfiladas con posterioridad y que el problema que se plantea es establecer las reglas que permitan convertir la prestación determinable en determinada, es obvio que para la concreción de una de estas causales, existiendo referencias que permitan su perfilación, el tema queda superado.

Empero esto, radicando el meollo de la decisión a adoptarse precisamente en ese acto jurídico del desahucio, llevado a cabo en este caso de la forma y por los motivos que ya se pusieron de presente en anterior acápite de este laudo, ante ese silencio de la prescripción del Art. 522 op.cit., estamos yendo a la consulta de las reglas generales del derecho que indica el Art. 8º de la Ley 153 de 1887.

Lo hemos repetido, las facultades de no renovación contractual para estos contratos son desarrollo de la protección constitucional al derecho de propiedad, solo que esa facultad se debe ejercer dentro de los principios previstos para la guarda de los derechos de los demás, de forma que cuando así no se presenta, así se tenga el derecho de acceso a determinado mecanismo legal, ese uso es abusivo y constituye una violación a la Regla General del Abuso del Derecho, por un uso abusivo de este.

Para el Tribunal es claro que, en fraude a la ley, como ya se explicó, al echar mano del recurso legal contenido en los numerales 2º y 3º del art. 518, tan mentados, RADIAL K incurrió en un Uso Abusivo del Derecho, pues pese a ser una legítima opción, ésta fue ejercida en detrimento de derechos de terceros, más específicamente de Supertiendas Olímpica, conclusión a la que se llega soportados en el estudio del tema que al inicio se expuso.

Pero el asunto no queda aquí. Estos procederes y actuaciones endilgables a RADIAL K, si bien pueden ser reprochables y objeto de sanciones pecuniarias legitimadas para el afectado con su ejercicio, deben, adicionalmente, en aplicación de mandato legal expreso, ser revisados en su alcance e implicaciones por parte del juez que los juzga, en procura, de ser ello pertinente, de aplicar frente a ellos, en lo que en su competencia corresponda, su solución y potencial represión.

Dejamos también sentado desde el comienzo de estas Consideraciones, que el desahucio es un Acto Jurídico unilateral que busca modificar y/o extinguir derechos, motivo por el que le son aplicables las exigencias de ley para la creación y/o modificación de obligaciones a la luz de las normas generales.

Dicho en otras palabras, el examen del Acto Jurídico del desahucio deberá comenzar por el filtro de los artículos 1494 y 1502 del Código Civil Colombiano.⁶⁷

Lo expuesto significa que esa manifestación de voluntad incorporada en el acto del desahucio, independientemente de su antelación de envío, recepción por el destinatario y contenido, fundamentalmente deben tener además de capacidad y consentimiento libre de vicios por parte de su creador (Sociedad RADIAL K) objeto y causa lícitos.

Pacífico ha sido, con variaciones gramaticales aceptadas, tener como concepto de objeto de las obligaciones creadas contractualmente que, ello, el objeto, será un dar, un hacer o una abstención. Este objeto contractual ha de ser real, posible, lícito, determinado o susceptible de determinación sin necesidad de nuevo acuerdo entre las partes.

En criterio del Maestro Arturo Valencia Zea⁶⁸ “...las prestaciones del deudor [o en general de quien produce el acto] son conducta humana que deben producir determinados resultados en forma de acciones y/o de omisionesse subdividen en prestaciones de dar y de hacer, por ello resultan las tres clases de prestaciones: de dar, hacer y no hacer”

Se ha tenido también pacíficamente como concepto de Obligación de Hacer aquella en lo que lo fundamental de la prestación, conducta o comportamiento por parte del deudor o sujeto pasivo de la obligación consiste precisamente en el mismo hacer algo, en el prestar un servicio, en el efectuar o realizar algo, al margen de que dicho hacer u efectuar o producir algo, algunas veces concluya con la entrega de ese bien efectuado.

“En las obligaciones de hacer, el deudor no transmite derecho real alguno al acreedor, pues consisten en una mera acción positiva...”⁶⁹

⁶⁷ Artículo 1494. Fuente de las obligaciones. - Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Artículo 1502. Requisitos para obligarse. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

- 1o.) que sea legalmente capaz.
- 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- 3o.) que recalga sobre un objeto lícito.
- 4o.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

⁶⁸ Arturo Valencia Zea, Derecho Civil, Tomo III, De las Obligaciones, págs. 6 y 7.

⁶⁹ Valencia Zea, op.cit.

Bajo esta lente, el acto del desahucio tendrá como objeto de este, una unilateral prestación de hacer para el arrendador, entendida ella como la creación de un algo que dé posibilidad de percepción a su inquilino de una decisión por él adoptada. El cierre de esta prestación de hacer se consolida con la de entregar oportunamente su obra, atendiendo los plazos que para ello la ley consagra. Es la carga para él de exteriorizar y hacer conocer de su empresario-inquilino su decisión de no renovación contractual, decisión que, lo hemos repetido múltiples veces, tiene limitaciones y cortapisas.

Para el caso en estudio, de lo probado en el proceso se desprende que RADIAL K al confeccionar el documento de desahucio, lo hizo incluyendo en él (mal o bien, eso es secundario) la mención de hechos y circunstancias que, como ya antes vimos, no correspondían a la realidad de la situación que rodeaba el momento de éste. Existía la convicción, o a lo menos la incertidumbre, de que el uso del inmueble arrendado para sí no era una necesidad para ella. Podría ser una conveniencia, pero definitivamente no era una necesidad.

Esta condición de conveniencia al ponerse al lado del derecho del empresario que se verá truncado con tamaña determinación jamás permitirá concluir que la conveniencia subjetiva y caprichosa del arrendador sea justificante para la interrupción contractual que está protegida y amparada por todas las consideraciones que atrás se expusieron.

Vimos antes las implicaciones que la doctrina y la jurisprudencia ajustan a la elevación al rango de orden público de las normas reguladoras de estos contratos, llevando esto a hacer concluir al lector que se puede ver comprometido en tal amparo, el orden público económico, incuestionable pilar del derecho público de la nación.

De ser esto así, llegaremos al inhóspito terreno del artículo 1519 del mismo Código Civil que venimos consultando. Allí se materializa qué se entiende por objeto ilícito, como aquel que contraviene al derecho público de la nación.

Conforme la doctrina ha considerado, los actos jurídicos y las manifestaciones de voluntad con carácter modificatorio o extintivo de derechos, deben estar conformadas, entre otras cosas, con la inclusión de un objeto que sea lícito. Esto significa que cuando ese objeto tenga la connotación de ilícito tal condición se tendrá por no cumplida y por ende el acto adolecerá de un enorme defecto que lo llevará a su irremediable nulidad.

Los tratadistas Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta en su obra Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, sobre el punto señalan:

“...el objeto ilícito, sancionado con la nulidad absoluta, se configura cuando el acto, en sus prestaciones aisladamente consideradas o en su conjunto contraría cualquiera de los extremos mencionados: la ley, el orden público, o las buenas costumbres”.⁷⁰

Ya mencionamos *inextenso* cómo la autonomía de la voluntad es imperativa si ella se desarrolla dentro de los parámetros y límites que atrás señalamos y precisamente haciendo respetar esos linderos es que el Código Civil la restringe cuando los resultados de esa autonomía les sean contrarios. Así las cosas, cuando los actos jurídicos, analizadas sus prestaciones de manera aislada y en conjunto contradicen o pugnan esos extremos se puede afirmar que el acto tiene un objeto que es ilícito.

Comoquiera que no existe una definición objetiva y ajustada de orden público, se puede decir que es el que está constituido por un conjunto de principios religiosos, morales, políticos y económicos que se consideran indispensables para la conservación de un devenir en paz. Esta noción de orden público se confunde con la de interés público o social, como desde Roma se entendió.⁷¹

Es esa línea, atendiendo el precepto del artículo 1523 del Código Civil⁷² esta sanción debe ser igualmente aplicable no solo a las convenciones así caracterizadas sino también a los actos jurídicos unilaterales como manifestaciones de voluntad que son y para ello -la condición de ilícito de su objeto- no es menester que exista prohibición especial y concreta para cada determinado acto, pues al existir normas generales las prohibiciones resultan ser meras aplicaciones de ellas. Así lo confirma el texto del artículo 16⁷³ del mismo ordenamiento civil, norma general de la que son aplicaciones derivadas, las que venimos refiriendo, de suerte que así no hubiera más normas que lo prohíban, no puede haber actos jurídicos emanados de la voluntad de los particulares que vulneren *“...la estructura del Estado, o la organización de los poderes públicos, o los derechos individuales reconocidos por la Constitución...”*⁷⁴

En este punto coincide Arturo Valencia Zea cuando afirma que el Estado como regulador del orden social *“...organiza en determinado sentido la economía y prohíbe todas aquellas transacciones que lesionen esa organización.”*⁷⁵

⁷⁰ Ospina Guillermo, op.cit, pág. 456

⁷¹ Claro Solar, citado por Ospina Fernández. Op.cit.

⁷² Artículo 1523 C.C. Objeto ilícito por contrato prohibido. - Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.

⁷³ ARTICULO 16. C.C. <DEROGATORIA NORMATIVA POR CONVENIO>. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.

⁷⁴ Ospina Fernández, Op.cit. pág. 255.

⁷⁵ Arturo Valencia Zea, Tomo III, De las Obligaciones, pag 13.

Entonces, entendido que la ley sanciona con nulidad absoluta los actos jurídicos que adolecen de objeto ilícito, al tenor de los artículos 1741 y 1742 del ordenamiento civil⁷⁶ pone esta tarea en cabeza del juez para que él, incluso de oficio, una vez detecte su presencia, así lo declare.

Ya lo advertimos antes, que ante la inexistencia de definiciones concretas respecto del orden público y de esos referentes superiores que generan la aplicación de las prohibiciones específicas, corresponderá entonces al juez, en acatamiento del artículo 1742 citado, determinar en cada caso, discrecionalmente, si en el acto examinado o sub judice se configura o no un objeto ilícito.

Resumiendo, si en criterio del juez, del acervo probatorio resultare cierto que en el acto analizado se transgredieron los supramentado principios, él, atendiendo su personal convicción, deberá determinar y declarar la presencia de un objeto ilícito que conlleve la nulidad absoluta de éste.

Es claro para el panel que, el acto propio del desahucio ejecutado por RADIALK como antesala de este proceso, trasgredió los principios tutelados por las normas de orden público reguladoras de estos contratos que, expresa y restringidamente señalan cuáles son las reales y serias circunstancias en que prima el derecho de propiedad del dueño del local frente a esos protegidos y tutelados derechos del empresario-inquilino en los términos de los arts. 518 y siguientes del ordenamiento mercantil y que, repetimos, la realidad de los hechos y de las circunstancias del momento del acto en ciernes no correspondía con esos parámetros y exigencias a las que acabamos de hacer mención. Por lo dicho es que el acto así producido vulnera esas exigencias que taxativamente se consagran para el uso de la prerrogativa de no renovación a la que RADIALK pretendía acogerse.

Consecuencia de ello, en obediencia del expreso mandato legal, declarará el Tribunal la nulidad absoluta del mismo, por la presencia en él de un objeto ilícito trasgresor de normas imperativas.

Tampoco hay duda para el Tribunal en que la parte Convocante era totalmente consciente de la falta de realidad y seriedad de lo por ella enunciado en su acto Jurídico de desahucio como soporte de su decir, y que pese a esa conciencia que se probó en estrados, siguió adelante con la implementación y exteriorización de esa manifestación de voluntad que venimos auscultando y revisando en este trámite arbitral.

⁷⁶Artículo 1741. C.C. <NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. (...)

Artículo 1742. C.C. <OBLIGACION DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA>. <Artículo subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente:> La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

Así pues, es propio afirmar, que efectivamente la causa que dio origen al Acto Jurídico del desahucio en este proceso no está precisamente amparada y recubierta por un halo de licitud.

Doctrinariamente se tiene como clara la existencia de una causa ilícita cuando

“...la también denominada causa ilegal, causa inmoral o causa torpe, es la motivación contractual de una parte, cuando ella se opone a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres. El contrato [o el acto jurídico] con causa ilícita no produce efecto alguno; es decir, se trata de un contrato afectado por nulidad absoluta. El concepto de causa ilícita es el más claro exponente de la trayectoria que recorre el concepto de causa contractual cuando desde el significado de motivación lícita hace tránsito al de motivación ilícita”⁷⁷,

esto es, cuando está ese acto jurídico motivado por una intención de querer hacer algo que se opone a las leyes, la moral, buenas costumbres, orden público etc., ese acto adolece de Causa Ilícita.

Al tenor del artículo 1524 del Código Civil⁷⁸ cuando la motivación de un acto jurídico es prohibida por la ley o contraría esas reglas superiores del orden público, las buenas costumbres o es contraria a la ley, la sanción también será la de la nulidad absoluta de ese acto motivado y determinado por esa intención reprochable que busca la producción de un acto o manifestación de voluntad vulneratorio de esos imperativos jerárquicamente más altos.

Se trata de identificar esa noción del móvil o motivo determinante del acto jurídico en ciernes al que deberá prestarse atención para así concluir si se generó tal acto de un móvil legítimo y lícito o si, por el contrario, con miras a la protección del orden superior, si es atentatorio o trasgresor de él, se hará acreedor a la sanción de la nulidad absoluta por causa ilícita.

La presencia de esta falencia, igualmente con lo que ocurre para con el objeto ilícito, corresponderá al juez, con el soporte probatorio existente, apoyado en la sana crítica y en sus interiores convicciones, determinarla e igualmente sancionarla de acuerdo con el rigor legal que se imponga.

⁷⁷<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/causa-il%C3%ADcita/causa-il%C3%ADcita.htm>

⁷⁸ Artículo 1524 C.C.. CAUSA DE LAS OBLIGACIONES. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (...)

Así las cosas, cuando, como ya lo vimos en el caso en definición, no había respecto del local en cuestión la necesidad de esa obra imposterizable que requería interrumpir y no renovar el contrato, cuando no había tampoco la necesidad del uso del predio para sí, pues ni siquiera se sabía al momento del desahucio para qué tentativamente se usaría, la motivación de RADIALK al producir este Acto Jurídico adolece sin lugar a dudas de Causa Ilícita, puesto que la motivación del proceder pretende un resultado de recuperación de un inmueble arrendado, en fraude y oposición al espíritu de las leyes que regulan estos contratos y alinderan estas posibilidades legales y resulta de motivaciones vulneradoras de principios superiores, como se ha indicado a lo largo de estas consideraciones.

Consecuencia de lo dicho hasta aquí hace que sea necesaria otra vez la aparición en este examen, del artículo 1742 del mismo ordenamiento Civil en aplicación: Dice este artículo:

*ARTICULO 1742. <OBLIGACIÓN DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA>. <Artículo subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente:>**La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.** (Resaltas fuera)*

La conclusión de lo desarrollado es de un peso quintaleño: La manifestación de voluntad unilateral de RADIALK, plasmada en el Acto Jurídico del Desahucio a Supertiendas Olímpica, soporte de la determinación de la primera de no renovar el contrato de arrendamiento, es nula de nulidad absoluta por contener objeto ilícito, por transgredirse con ella el ordenamiento y los principios de orden público sobre las causales de no renovación de los contratos de arrendamiento reglados por los artículos 518 y siguientes del C.de.Co y además, es nula de nulidad absoluta por la presencia de una causa ilícita en ella, puesto que su motivación y móviles igualmente vulneran superiores preceptos, por lo que en aplicación del mandato del artículo 1742 del Código Civil, es obligación del juez así declararla cuando ella aparezca, como en efecto así se hará.

Soportados en esta decisión concluye entonces el Tribunal que, respecto de la totalidad de las pretensiones de la demanda, basadas ellas en que el contrato de arrendamiento terminó por su no renovación en los términos de lo contenido en los artículos 518 y siguientes del C. de. Co, y que consecuencia de esa no renovación su demandada no entregó el predio oportunamente, lo que la hace incumplida, haciéndose por ello la demandante acreedora de las condenas que ella planteó, no estarán llamadas a prosperar.

Comoquiera que no hay prosperidad en las pretensiones, se hace innecesario entrar a revisar y calificar las excepciones propuestas por la parte demandada.

Así las cosas, respecto entonces de las pretensiones de la demandante:

DECLARATIVAS.

PRIMERA.- Que se declare que Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A., incumplió el contrato de arrendamiento celebrado sobre los locales No. 17 y 18 del Centro Comercial Cedritos Plaza 140, ubicado en la calle 140 No. 23 — 61 de la ciudad de Bogotá D.C., inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria número S50N-0991877 y 50N-0991878 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Norte, por cuanto Olímpica S.A. no restituyó el inmueble al vencimiento del término del contrato, lo cual ocurrió el 31 de marzo de 2018.

Comoquiera que la declaratoria de una nulidad tiene como efecto también la anulabilidad del acto que la generó, como si este nunca se hubiese celebrado, se tendrá entonces como nunca producido y como nunca entregado el documento contentivo del Acto Jurídico del desahucio, con los efectos que para ello trae el artículo 520 del C.de.Co, como lo es que “...el contrato se considera renovado o prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial.”

Esto significa que, por estar el contrato renovado y vigente, no hay lugar a declarar incumplimiento alguno de un contrato que se halla normalizado en virtud de mandato legal.

Esta pretensión NO PROSPERA.

CONSECUENCIALES.

PRIMERA.- Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento, se declare terminado el contrato y por consiguiente se condene a la parte Convocada a restituir a la Convocante los Locales 17 y 18 del Centro Comercial Cedritos Plaza, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

SEGUNDA.- Que en caso de que la Convocada no cumpla con la pretensión primera consecuencial de condena, se practique la diligencia de entrega de los locales arrendados a mi poderdante, incluso con el uso de la fuerza pública si fuere necesario, de conformidad con el artículo 308 del Código General del Proceso.

TERCERA.- Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento de la pretensión primera declarativa, se condene a Olímpica S.A., a pagar a título de

cláusula penal una suma igual a dos (2) veces el canon mensual de arrendamiento, es decir, la suma de Veintiséis Millones Quinientos Sesenta y Ocho Mil Doscientos Ocho y Cuatros Pesos (\$26'568.284,00), o la que sea establecida en el proceso, de conformidad con la cláusula décimo sexta del contrato de arrendamiento.

CUARTA.- *Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento de la pretensión primera declarativa, se condene a la Convocada a pagar a título de indemnización de perjuicios, una suma igual a la diferencia entre el avalúo del canon de renta corporativo no. 037-17 realizado por la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá sobre los inmuebles objeto de restitución, es decir veinticinco millones cuatrocientos dieciséis mil setecientos cincuenta pesos (\$25.416.750,00) y el valor efectivamente pagado por Olímpica S.A. por concepto de canon de arrendamiento, tasados desde abril de 2018, mes a mes, hasta que se efectuó la entrega de los locales.*

QUINTA.- *Que se ordene que el pago de las anteriores sumas de dinero, se realice previa indexación desde el momento de la presentación de la demanda hasta el momento en que quede ejecutoriada la sentencia.*

SEXTA.- *Que se condene al pago de intereses moratorios sobre las sumas de dinero adeudadas por la Convocada, liquidados a la máxima tasa legal permitida, desde el momento de la ejecutoria de la sentencia hasta que se produzca el pago de las mismas por parte de Olímpica S.A.*

SÉPTIMA.- *Que se condene a la Convocada al pago de las costas del proceso”.*

En atención a que todas estas pretensiones dependían de su futuro de la declaratoria de un incumplimiento que no se dio, faltando el hecho generador de ellas, mal podrían tener vocación de éxito.

Estas pretensiones consecuenciales, NO PROSPERAN

Como ya se advirtió, se omite el análisis, evaluación, verificación y decisión respecto de las excepciones propuestas por la demandada, por la razón atrás ya expuesta.

3.16 Comportamiento de las partes- expensas y costas del proceso

Frente a la conducta procesal de las partes, como es sabido, el primer inciso del artículo 280 del C.G.P., referente al contenido de las sentencias, dispone que ... *“El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”.*

Para los fines de esta disposición, el Tribunal advierte que a lo largo del presente trámite las partes y sus respectivos apoderados obraron con apego a la buena conducta procesal, motivo por el cual no tiene cabida la deducción de indicios en contra de ninguna de ellas.

En lo que tiene que ver con las costas del proceso el artículo 365 del Código General del Proceso prevé:

“Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

- 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)*
- 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella. (...)*
- 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. (...)*
- 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.*

A partir de los criterios señalados, teniendo en cuenta el importe de los beneficios procesales obtenidos por cada una de las partes involucradas en el litigio, al igual que el sentido general de la decisión contenida en el presente laudo, así como la actividad procesal desplegada por los apoderados, quienes han actuado conforme a la corrección y a la lealtad procesal, cada quien en defensa de la posición asumida, amén de que no se vislumbra conducta temeraria alguna, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas.

Soporta además esta decisión el hecho de que la causa eficiente de la decisión adoptada corresponde en todo al cumplimiento del mandato expreso del artículo 1742 del Código Civil, lo que significa, en otras palabras, que ella obedece a una declaración oficiosa del juez más que a la actividad vencedora de cualquiera de las partes.

Así las cosas, no habrá condena en costas dentro del proceso.

IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de los antecedentes y consideraciones antes expuestos, el Tribunal Arbitral instalado para decidir en derecho las diferencias surgidas entre SISTEMA RADIAL K DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ COMPAÑÍA LTDA, de una parte, y SUPERTIENDAS Y DROGUERIAS OLIMPICA S.A. – OLIMPICA S.A., de la otra, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: **NEGAR** la pretensión PRIMERA DECLARATIVA, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

SEGUNDO: **NEGAR** las pretensiones PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA, QUINTA, SEXTA y SÉPTIMA CONSECUCIONALES, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

TERCERO: **NEGAR** las excepciones propuestas por la Convocada de *“Inexistencia de la causal para incoar la acción”, “Improcedencia incumplimiento del contrato de arrendamiento, cobro de clausula penal e indemnización de perjuicios e intereses moratorios”* y *“La fundada en el abuso del derecho”* por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

CUARTO: **DECLARAR DE OFICIO la NULIDAD ABSOLUTA** del acto jurídico del desahucio realizado por la Convocante el 14 de septiembre de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo.

QUINTO: **DECLARAR** causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria. El Presidente procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal, y a devolver el remanente a las partes en proporciones iguales, quienes entregarán a los Árbitros y la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada una de ellas. Asimismo, ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitro y la Secretaria.

SEXTO: Sin costas a cargo a ninguna de las partes de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta Providencia.

SÉPTIMO: **DISPONER** la entrega de copias auténticas de este Laudo a cada una de las partes y de copia simple al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

OCTAVO: ENTREGAR para su archivo el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012, en la oportunidad procesal correspondiente.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.



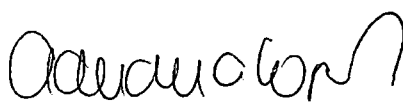
MANUEL ANTONIO VILLA HINOJOSA

Árbitro Presidente



LILIANA OTERO ÁLVAREZ

Árbitro



ADRIANA LÓPEZ MARTÍNEZ

Árbitro



VERÓNICA ROMERO CHACÍN

Secretaria